

BOLETÍN DE LA
REAL ACADEMIA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
DE LAS ILLES BALEARS

XXII

PALMA DE MALLORCA, 2020

Con la colaboración de:



Parlament de les Illes Balears

Impreso en Esment Impremta

Depósito legal: PM 981-1989

ISSN: 2254-2515



SUMARIO

I.- JUNTA DE GOBIERNO	pág.	7
II.- ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD .	pág.	9
III.- ACADÉMICOS EN OTRAS SITUACIONES Y FALLECIDOS	pág.	11
IV.- TRABAJOS DE LOS ACADÉMICOS DURANTE EL CURSO 2019-2020.	pág.	13
1. MEMÒRIA DEL CURS ACADÈMIC 2018-2019 DE <u>CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ</u> , SECRETARIO DE LA CORPORACIÓN, EN LA INAUGURACIÓN DEL CURSO 2019-2020.	pág.	13
2. DISCURSO DE <u>JOAN OLIVER ARAUJO</u> EN LA SESIÓN NE- CROLÓGICA DE ANTONIO PÉREZ RAMOS	pág.	29
3. INTERVENCIÓN DE <u>ANTONIO TERRASA GARCÍA</u> EN MESA REDONDA SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA O- CUPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES	pág.	39
4. ESTUDIO EN EL SENO DE LAS COMISIONES ACADÉMICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO: APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA VIVIENDA	pág.	46
4.1. <u>DE MIQUEL MASOT MIQUEL</u> Presentación de los estudios	pág.	46
4.2. <u>DE TOMÁS MIR DE LA FUENTE</u> Un derecho de la Vivienda, con nombre y apellidos, y de contenido proteico y caleidoscópico, visto desde una par- ticular perspectiva	pág.	51

4.3. <u>DE CARLOS IZQUIERDO TÉLLEZ</u> La respuesta penal a la ocupación de viviendas	pág. 89
4.4. <u>DE CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO</u> La adquisición de la vivienda financiada con préstamo hipotecario.	pág. 116
4.5. <u>DE ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ</u> La nulidad de la cláusula "gastos" en los contratos de préstamo hipotecario	pág. 150
4.6. <u>DE CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ</u> Diferència entre els arrendaments de temporada i els arrendaments turístics (o cessió temporal d'estades turístiques)	pág. 170
4.7. <u>DE MARÍA PILAR FERRER VANRELL</u> Notas sobre la llamada "propiedad temporal" de vi- vienda y su posible conexión con el "alou". ¿Una figu- ra jurídica a plagiar?	pág. 194
V.- OTROS TRABAJOS EN, O PARA, LA ACADEMIA DURANTE EL CURSO 2019-2020.	pág. 225
1. DISCURSO DE <u>DON RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT</u> CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, EN LA INAUGURACIÓN La organización territorial del estado: vicisitudes y perspectivas	pág. 225
2. INTERVENCIÓN DE <u>Dª SONIA I. VIDAL FERRER</u> MAGISTRADA JUEZ DECANA DE PALMA, EN MESA RE- DONDA SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA OCUPACIÓN DE INMUEBLES La ocupación de inmuebles: posibles soluciones.	pág. 235

3. CONFERENCIA DE D^a ROCÍO PERTEGUER PRIETO
REGISTRADORA DE LA PROPIEDAD
La protección del consumidor por los registradores en la
Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos
de crédito inmobiliario. pág. 260

VI.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS DE ESTE
BOLETÍN pág. 271

I.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA REAL ACADEMIA

Presidente

Excmo. Sr. D. Gabriel Garcías Planas

Vicepresidente

Ilmo. Sr. D. Pedro A. Aguiló Monjo

Censor

Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente

Tesorero

Ilmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida

Secretario

Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez

Vicesecretario

Ilmo. Sr. D. Jaime Ferrer Pons

II.- RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD

Excmo. Sr. D. Gabriel Garcías Planas

Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel

Ilmo. Sr. D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés

Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente

Ilmo. Sr. D. Jaime Ferrer Pons

Ilmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida

Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera

Ilmo. Sr. D. José Cerdá Gimeno

Ilma. Sra. D^a Isabel Tapia Fernández

Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana

Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo

Ilmo. Sr. D. Josep Maria Quintana Petrus

Ilma. Sra. D^a María Pilar Ferrer Vanrell

Ilmo. Sr. D. Miguel Coca Payeras

Ilmo. Sr. D. Carlos Jiménez Gallego

Ilmo. Sr. D. Antonio J. Terrasa García

Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez

Ilmo. Sr. D. Joan Oliver Araujo

Ilma. Sra. D^a Olga Cardona Guasch

Ilmo. Sr. D. Carlos Izquierdo Téllez

III.- ACADÉMICOS EN OTRAS SITUACIONES Y FALLECIDOS

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell (emérito)

Ilmo. Sr. D. Antonio Pérez Ramos (fallecido)

Ilmo. Sr. D. José Zaforteza Calvet (emérito)

Ilmo. Sr. D. Javier Muñoz Jiménez (por renuncia)

Ilmo. Sr. D. Juan Blascos Serra (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Raimundo Clar Garau (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Rafael Gil Mendoza (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Francisco Noguera Roig (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Antonio Puerto Planas (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Ángel Reigosa Reigosa (Académico de Honor fallecido)

Ilmo. Sr. D. Andrés Rullán Castañer (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Juan Vidal Perelló (fallecido)

IV.- TRABAJOS DE LOS ACADÉMICOS DE NÚMERO DURANTE EL CURSO 2019-2020

1. MEMÒRIA DEL CURS ACADÈMIC 2018-2019, DE DON CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ SECRETARIÓ DE LA CORPORACIÓN, LEIDA EN LA INAUGURACIÓN DEL 2019-2020

INTRODUCCIÓ

Aquesta memòria es confecciona en compliment de les previsions de l'art. 37 dels Estatuts de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears de manera que quedi en ella constància de les principals activitats dutes a terme durant el curs 2018-2019.

Totes les actuacions de les quals a continuació es donarà compte han volgut ajustar-se a les finalitats de l'Acadèmia, recollides a l'art. 2 dels Estatuts, unes de projecció interna, com l'estudi i la investigació del Dret, i d'altres dirigides a la societat, com la col·laboració en la reforma de la legislació i el foment de la cultura jurídica.

Per això aquesta memòria, tal com ve essent costum en les redactades en els darrers anys, després d'una referència a la solemne apertura del curs acadèmic 2018-2019, es dividirà en dos apartats: l'activitat interna i les actuacions de projecció exterior.

1. SESSIÓ D'OBERTURA DEL NOU CURS ACADÈMIC 2018-2019

El 12 de novembre de 2018, a les 19 hores va tenir lloc l'obertura del curs acadèmic 2018-2019 en la sala d'actes del Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears, en sessió pública i solemne, d'acord amb el que preveu l'article 36 dels Estatuts de l'Acadèmia.

Va obrir l'acte el President, l'Excel·lentíssim Sr. Gabriel Garcías Planas que va donar la paraula al Vice-secretari de la Corporació, Il·lm. Sr. Jaume Ferrer Pons, per tal que, donada l'absència del Secretari Il·lm. Sr. Carlos Gómez Martínez, procedís a fer lectura de la memòria d'activitats corresponent al curs anterior 2017-2018, memòria de la qual el Vice-secretari en va llegir tan sols un resum.

Seguidament l'Excm. Sr. Luis Maria Cazorla Prieto, catedràtic de Dret Financer i Tributari, va impartir la lliçó inaugural sota el títol «Legitimidad monárquica y gestión económica de la monarquía».

2. L'ACTIVITAT INTERNA DE L'ACADÈMIA

L'activitat interna de l'Acadèmia té una doble vessant, orgànica i científica. La primera, de caràcter orgànic, es fa a través de la Junta General i la Junta de Govern, mentre que l'activitat científica es du a terme en el si de les Comissions.

2.1. LA JUNTA GENERAL

2 d'octubre de 2018

El 2 d'octubre de 2018 es va celebrar la primera Junta General del curs. Després d'un intercanvi d'opinions, es va acordar que el tema de treball del curs per les comissions fos la Constitució Espanyola de 1978 donat que al 2018 es celebrava el seu 40 aniversari. Es va convenir igualment que les dues comissions treballessin conjuntament i que es deixés a cada acadèmic l'elecció del tema en el qual pogués fer aportacions.

Es va fixar data per la inauguració del curs i es va acordar que el conferenciant seria el Sr. Luis Cazorla Prieto, amb el tema: "Legitimidad monárquica y gestión económica de la monarquía".

L'acadèmic Il·lm. Sr. Bartomeu Sitjar dona notícia de la propera publicació d'un llibre de les seves memòries que serà presentat al Col·legi d'Advocats, acta al qual convida a tots els acadèmics i acadèmiques.

29 de gener de 2019

L'Il·lm. Sr. Miguel Masot, com coordinador dels treballs dels comissions en commemoració dels quaranta anys de la Constitució, va donar

compte dels acadèmics que havien confirmat la seva col·laboració i dels títols dels seus treballs. Varen ser els següents:

- «La familia en la Constitución»- Pilar Ferrer.
- «Incidencia de determinados preceptos en Derecho Penal»- Gabriel Garcías.
- «Independencia del poder judicial»- Antonio Monserrat.
- «Juramento o promesa y toma de posesión»- Tomás Mir.
- «La nueva concepción del Derecho civil español según La Constitución de 1978»- Olga Cardona.
- «Derecho de acceso a la Justicia»- Isabel Tapia.
- «Constitució i procés civil; alguns aspectes problemàtics»- Carlos Gómez.
- «Los deberes constitucionales; referencia a los del artículo 30 C.E.»- Joan Oliver.
- «Constitución y jurisdicción voluntaria» Carlos Jiménez.

Es va donar compte de la concessió del premi Luis Pascual González al Sr. Anselmo Martínez pel seu treball sobre “Sistema de separación de bienes cuando uno de los cónyuges es empresario”. També s’informa que el jurat va destacar els mèrits de l’altre treball presentat l’autor del qual és el Sr. Ángel Custodio Navarro Sánchez.

20 de maig de 2019

Sobre els treballs presentats, es produeixen els següents intercanvis:

a) Sobre el treball “Constitució i jurisdicció voluntària” del Sr. Carlos Jiménez

- El Sr. Masot va intervenir sobre la subhasta notarial i va demanar a l’acadèmic Sr. Jiménez sobre el seu funcionament pràctic.

- El Sr. Jiménez va respondre que a Balears, per lo que ell sabia, no hi ha hagut subhastes notariales voluntàries sinó que els notaris les duen a terme a petició dels jutjats, sobre tot les que tenen per objecte participacions socials. Aquestes subhastes son possibles en la mesura en que el jutjat resol certs problemes com és el de la valoració. El que fa el notari és enviar les dades que demana la llei al Portal de Subhastes del BOE. El jutjat fa la deducció de càrregues.

- La Sra. Tapia va fer veure que si hi havia controvèrsia hauria d’intervenir el jutge.

- El Sr. Jiménez va aclarir que per l'adjudicació el notari es dirigeix de nou al jutjat per tal de que decideixi si l'ha de fer el mateix jutjat o bé el notari

- La Sra. Tapia va indicar que, malgrat que hi ha varies qüestions d'inconstitucionalitat interposades, el Tribunal Constitucional no s'ha pronunciat encara sobre la constitucionalitat del art. 129 de la Llei Hipotecària. Així mateix va informar de que ella havia fet un article sobre el tema que remetria als acadèmics.

- El Sr. Masot va demanar si hi havia hagut qualque instrucció sobre aquest tema per part de la Direcció General de Registres i del Notariat, a la qual cosa el Sr. Jiménez va respondre negativament .

b) Sobre el treball de la Sra. Olga Cardona "La nueva concepción del Derecho civil español según La Constitución de 1978".

- El Sr. Masot va comunicar que li havia resultat interessant saber que alguns parlaments autonòmics (València, Astúries, Murcia...) han emprés la tasca de recollir en una llei costums civils.

- Per la Sra. Cardona aquests treballs tenen similituds amb els llibres d'usos mercantils que confeccionen les cambres de comerç, serien una espècie de catàlegs. Considera que la inclusió de la costum a la llei eximeix de la càrrega de la prova de la seva existència, però no de la d'al·legar-la.

- Per al Sr. Monserrat, si es recull a la llei, el costum perd la seva naturalesa, deixa de ser costum i es transforma en una norma legal, llevat del cas de que la llei, en realitat faci un mer catàleg descriptiu de costums.

- El Sr. Coca va considerar que en aquests supòsits no es podria al·legar ni acreditar la pèrdua de vigència de la costum inclosa a una llei.

- En Joan Oliver va expressar que per ell, encara que la norma es limiti a recollir costums, es tractaria d'una llei, sense més.

- El Sr. Masot va afegir que tot depèn del que diguin els estatuts d'autonomia sobre competència en matèria de dret civil propi: ¿Conservar? ¿També desenvolupar?

- El Sr. Masot va recordar que hi ha hagut fa poc una reunió a València sobre drets civils de les comunitats autònomes.

- El Sr. Tomas Mir va informar que al Consell de Redacció de la Revista Jurídica de les Illes Balears s'ha tengut notícia d'aquesta convenció a través del Sr. Àngel Custodio, membre de la Comissió de Dret Civil, el qual va donar compte de que a una llei Balear s'ha inclòs la tradició jurídica balear com a patrimoni immaterial.

- La Sra. Ferrer va criticar que la tradició jurídica balear s'hagi eliminat de l'article 1 de la Compilació com a font del dret balear i, en canvi, se la consideri a una altre llei com a patrimoni immaterial.

c) Sobre el treball del Sr. Carlos Gómez "Constitució i procés civil; alguns aspectes problemàtics".

- El Sr. Jiménez va preguntar si s'havia plantejat alguna qüestió d'inconstitucionalitat sobre la competència del jutge que coneix de les mesures cautelars en un procés civil per a decidir sobre el fons de l'assumpte a la sentència definitiva.

- El Sr. Gómez va contestar que no, tal vegada per una falta de cultura de la imparcialitat judicial entre els professionals del dret.

El Sr. Miquel Coca va fer la proposta de crear un premi pels millors treballs de final de grau. Es va acordar que s'estudiaria tot tenint en compte que s'hauria de parlar amb el Col·legi d'Advocats, amb el Parlament Balear (que subvenciona el premi Luis Pascual González) i amb la Universitat.

- El Sr. Masot va fer el prec de que, d'acord amb el que s'ha anat fent fins ara, en el Bolletí de la nostra Reial Acadèmia s'incloguin tan sols estudis o treballs monogràfics i no les cròniques dels actes acadèmics, de les quals el seu lloc és a la revista *Missèr* o en la memòria.

- A proposta del Sr. Carlos Gómez es va acceptar que ell mateix prepari un esborrany sobre el desenvolupament de les sessions de dació de compte dels treballs de les comissions en públic, amb participació de juristes interessats, dins les previsions de l'article 3 dels nostres Estatuts.

2.2. LA JUNTA DE GOVERN

La Junta de Govern s'ha anant reunint durant el curs, amb periodicitat mensual, excepte durant les vacances d'estiu, per tal de cuidar-se'n del les qüestions relatives a la marxa quotidiana de l'Acadèmia i, especialment, atendre temes urgents i decidir sobre suggeriments de conferències i activitats externes.

2.3. LES COMISSIONS D'ESTUDI DE DRET PÚBLIC I DE DRET PRIVAT

Les comissions internes duen endavant una de les tasques més fructíferes de l'Acadèmia ja que en elles els acadèmics aporten els seus coneixements per a intentar aprofundir en els temes decidits per la Junta General.

Tal com va succeït l'any anterior, durant el present curs han treballat conjuntament les Comissions de Dret Públic i de Dret Privat per centrar-se en alguns problemes de dimensió constitucional ja que al 2018 es va celebrar el quaranta aniversari de la promulgació de la Constitució.

Ja s'ha fet esment al principals resultats del treball de les comissions que es varen posar de manifest a la junta general de 20 de maig, treballs que es publicaran al Butlletí de l'Acadèmia corresponent a aquest curs.

2.4. ELS NOUS ACADEMICS

L'acte més important que es celebra a l'Acadèmia és el discurs d'ingrés d'un nou acadèmic.

Aquest curs hem tingut l'honor d'assistir a la solemne sessió d'ingrés en l'Acadèmia, com acadèmic de número, del Il·lm. Sr. Sr. Carlos Izquierdo Téllez, magistrat jutge titular del Jutjat de Violència contra la dona número 1 de Palma. L'acte es va celebrar el 20 de maig de 2019 a la seu del Col·legi d'Advocats de les Illes Balears. El nou acadèmic va llegir el seu discurs d'ingrés sobre el tema: «Política criminal y justicia penal en el Pacto de Estado contra la violencia de género». En nom de l'Acadèmia va contestar el discurs l'acadèmica de número Il·lma. Sra. Isabel Tapia Fernández.

L'acte va comptar amb l'assistència de nombros públic que va omplir els dos pisos de la sala. Després de la sessió acadèmica, el nou acadèmic va convidar tots els assistents a un refrigeri que es va servir al vestíbul del Col·legi d'Advocats de les Illes Balears.

3. ACTIVITATS DE PROJECCIÓ EXTERIOR

Una de les finalitats de l'Acadèmia, recollida a l'article 2 dels seus Estatus és «el foment de la cultura jurídica», per la qual cosa l'activitat de projecció exterior té, per la Corporació, una singular importància.

3.1. PREMIPASQUAL GONZÁLEZ EN LA SEVA XVI CONVOCATÒRIA

Aquest Premi es va crear per tal de donar compliment a una de les finalitats de l'Acadèmia, com és ara, el foment del estudi i investigació del Dret Civil propi de les Illes Balears.

Enguany el premi es va concedir al Sr. Anselmo Martínez pel seu treball sobre “Sistema de separación de bienes cuando uno de los cónyuges es empresario”. Així mateix el jurat va destacar els mèrits de l'altre treball presentat l'autor del qual és el Sr. Ángel Custodio Navarro Sánchez.

3.2. LES PUBLICACIONS DE L'ACADÈMIA

L'activitat doctrinal dels acadèmics s'ha manifestat en dos publicacions periòdiques: 1) El Butlletí, que s'edita anualment en suport paper i en suport digital i que també es pot consultar a la pàgina web de l'Acadèmia; i 2) Les pàgines que la revista Missèr, reservades a aquesta Corporació

3.2.1. El Butlletí de l'Acadèmia número XX

El contingut del Butlletí XX és el següent:

«I.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA REAL ACADEMIA

II.- RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD

III.- ACADÉMICOS EN OTRAS SITUACIONES Y FALLECIDOS

IV.- SESIÓN DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2017-2018

IV. I.- Memoria del curso anterior (2016-2017)

IV. II.- Discurso del Excmo. Prof. Dr. D. José Antonio Escudero López. Presidente del Instituto de España

V.- SESIÓN DE INGRESO DE LA ILMA. SRA. D^a OLGA CARDONA GUASCH EL 12 DE DICIEMBRE DE 2017

V.I.- Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares

V.II.- Contestación al discurso de ingreso de Olga Cardona Guasch en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears

VI.- SESIONES NECROLÓGICAS

VI.I.- Sesión necrológica del Excmo. Sr. Don Ángel Reigosa, Académico de honor y ex presidente del T.S.J.I.B.

VI.I. 1.- Intervención de Don Antonio José Terrasa García, Académico de número y magistrado

VI. 1.2.- Intervención de Don Rafael Perera Mezquida, Académico de número y abogado

VI.II.- Sesión necrológica en memoria del Académico Emérito Don Miguel Suau Rosselló

VI.II. 1.- Intervención de Don Antonio José Terrasa García

VI.II. 2.- Sobre la intervención de Don Antonio Oliver Reus

VII.- Conferencia del Académico D. Carlos Jiménez Gallego

VIII.- MESAS REDONDAS Y DE DEBATE

VIII.I.- Delitos contra las instituciones públicas

VIII.I. 1.- Exigencias típicas del delito de rebelión. Su inaplicabilidad al caso catalán, de D^a. Carmen Tomás-Valiente Lanuza

VIII.I. 2.- Sobre la intervención de Don Cristóbal Martell Pérez-Alcalde

VIII.II.- La reforma de la constitución y de las comunidades autónomas

VIII.II. 1.- La reforma de la constitución de 1978: procedimiento y algo más, de Don Joan Oliver Araujo

VIII.II. 2.- La reforma constitucional de las Comunidades Autónomas, de Don Vicente Calafell Ferrá

VIII.III.- La Ley 7/2017 de 3 de agosto ¿recopilación o codificación del Derecho Civil Balear? Noticia de las intervenciones de D^a Olga Cardona Guasch, Pilar Ferrer Vanrell y D^a Francesca Llodrá Grimalt

VIII.IV.- Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en el Código Penal

VIII. IV. 1.- “Delitos contra la libertad sexual”, de Don Javier Boix Reig

VIII.IV. 2.- Els delictes contra llibertat i la indemnitat al Codi Penal, de D^a Francesca Mas Busquets

IX.- TRABAJOS CONJUNTOS DE LAS COMISIONES ACADÉMICAS DE DERECHO PRIVADO Y PÚBLICO

IX.I.- Jornada sobre los derechos de la infancia

IX.II.- Estudios sobre la ley 7/2017, de 3 de agosto de modificación de la compilación de derecho civil de las Illes Balears

X.- INDICES DE LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN LOS BOLETINES DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS NÚMEROS XV A XIX Y RELACIÓN DE LAS COLABORACIONES DE LOS ACADEMICOS DE NUMERO, EMERITOS Y ELECTOS INCLLUIDAS EN LA REVISTA MISSÈR DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE BALEARES POR TOMAS MIR DE LA FUENTE

X.I. - Índices de los boletines XV a XIX

X.I.1.- Índice por clase de actividad académica

X.I. 2.- Índice por materias según la rama del derecho

X.I. 3.- Índice de autores por orden alfabético

X. II.- Relación de los artículos de los académicos de número o eméritos de la Real Academia de jurisprudencia y legislación de las Illes Balears publicados en la revista Missèr -en colaboración permanente (iniciada en el nº 50) con el Colegio de abogados- desde el nº 104 de enero de 2015

XI.- RELACION DE AUTORES DE TEXTOS DEL PRESENTE BOLETIN N° XX»

D'aquest butlletí s'ha de destacar especialment la tasca d'elaboració dels índex de tots els butlletins anteriors, seguint diferents criteris (tipus d'activitat, cronològic, temàtic i autors) que facilitarà enormement la localització i consulta.

3.2.2. Les pàgines de l'Acadèmia de la revista Missèr

En la revista del Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears es reserven unes pàgines en les quals s'inclouen les aportacions doctrinals dels Senyors Acadèmics per acomplir amb la seva funció de difondre el coneixement del dret cap la societat i, especialment, entre la comunitat de juristes de les nostres Illes.

Revista Missèr número 119 octubre/desembre 2018, inclou:

- Article del Sr. Antonio Monserrat Quintana titulat «Botín-Atucha. ¿Cuántas doctrinas?»

- Article sobre la taula redona que havia tengut lloc el dia 18 de juny sobre «Els delictes contra la llibertat i la indemnitat sexuals». Es dona compte que l'acte va estar presidit pel President de la corporació, el Sr. Gabriel Garcías que va presentar els conferenciants, la Sra. Francisca Mas Busquets, advocada i presidenta del Consell Social de la UIB, i el Sr. Javier Boix Reig, catedràtic

de Dret Penal de la Universitat de València i Acadèmic de la Real Acadèmia Valenciana de Jurisprudència y Legislació.

- Convocatòria del XVI premi Luis Pascual González.

Revista Missèr número 120 gener/mars 2019 conté:

- Article crònica de la conferència «La crisi dels quaranta anys de la Constitució de 1978», organitzada per l'Acadèmia, a càrrec de la professora de Dret Constitucional de la UIB la Doctora María Ballester Cardell, que va tenir lloc el dia 17 de desembre.

- Article crònica sobre la conferència titulada “Legitimidad monárquica y gestión económica de la Corona» a càrrec del Sr. Luis María Cazorla Prieto, que va tenir lloc el 12 de novembre de 2018, organitzada per l'Acadèmia com a part de la sessió inaugural del present curs acadèmic.

- Crònica del X Congrés de les Acadèmies Jurídiques d'Iberoamèrica que s'havia celebrat a Madrid els dies 22, 23 i 24 de novembre i a l qual havien assistit el President d'aquesta Acadèmia, Sr. Gabriel Garcías Planas i l'acadèmic de número Josep M^a Quintana Petrus.

Revista Missèr número 121 abril/juny 2019 inclou:

- Article de l'acadèmic de número Sr. Joan Oliver Araujo amb el títol: «Las bodas de plata del Consejo Consultivo».

- Ressenya de l'acte d'entrega del premi Luis Pascual González al Sr. Anselmo Martínez Cañellas que va tenir lloc el dia 11 de febrer de 2019, premi atorgat pel seu treball titulat: «Peculiaridades del régimen de separación de bienes de Baleares cuando uno de los cónyuges es empresario». L'article informa també que el Dr. D. Guillermo Alcover Garau, catedràtic de Dret Mercantil de la UIB, va ser l'encarregat de realitzar la contestació.

Revista Missèr número 122 juliol/setembre 2019 conté:

- Article de l'acadèmic de número Sr. Rafael Perera Mesquida amb el títol: «Los errores judiciales su indemnizabilidad. A propósito de la reciente sentencia del T.C. sobre la indemnización de presos preventivos (STS 16/07/2019)».

- Ressenya de la conferència «La solidaritat i la llei en una societat culturalment diversa», que va tenir lloc el 18 de març de 2019 a càrrec de

l'acadèmic de número Sr. Carlos Gómez Martínez, que va tenir lloc el 18 de març.

- Ressenya de la sessió solemne d'ingrés a l'Acadèmia del magistrat Sr. Carlos Izquierdo Téllez que va tenir lloc el 20 de maig i en la qual el nou acadèmic de número va pronunciar el seu discurs d'ingrés amb el títol «Política criminal y Justicia penal en el Pacto de Estado contra la violencia de género».

- Ressenya sobre la taula redona que va tenir lloc el 3 de juny de 2019, amb la participació del Dr. D. Antonio Pau Pedrón, president de la Secció de Dret Civil de la Comissió General de Codificació i conseller d'Estat i del Dr. D. Pedro Munar Bernat, catedràtic de Dret civil de la Universitat de les Illes Balears, sobre el tema: «El nuevo enfoque legal de la discapacidad: Anteproyecto de ley de la legislación civil y procesal en la materia».

- Ressenya de la conferència que havia tingut lloc el 15 d'abril de 2019 a càrrec de D. Eugenio Gay Motalvo, ex magistrat del Tribunal Constitucional i ex President del Consell General de l'Advocacia Espanyola sota el títol «El Tribunal Constitucional: ¿un poder del Estado?».

3.3. ALTRES ACTIVITATS DE PROJECCIÓ EXTERNA

En aquest apartat s'ha de donar compte tant de les conferències i taules redones organitzades per l'Acadèmia com de les activitats d'assistència del President o dels Acadèmics en els quals ell delegui, a conferències i actes culturals organitzats per altres entitats.

3.3.1. Conferències i actes organitzats en el si de l'Acadèmia

Durant el curs, l'Acadèmia ha organitzat conferències, taules de debat i altres activitats relacionades amb l'estudi del dret i la difusió de la cultura jurídica en la nostra societat.

- El 12 de novembre de 2018, amb ocasió de l'obertura del curs acadèmic 2018-2019 en la sala d'actes del Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears, va pronunciar una conferència l'Excm. Sr. Luis Maria Cazorla Prieto, catedràtic de Dret Financer i Tributari, sota el títol «Legitimidad monárquica y gestión económica de la monarquía».

- El 17 de desembre de 2018, conferència «La crisi dels quaranta anys de la Constitució de 1978», a càrrec de la professora de Dret Constitucional de la UIB la Doctora María Ballester Cardell.

- L'11 de febrer de 2019, acte d'entrega del premi Luis Pascual González al Sr. Anselmo Martínez Cañellas i presentació del seu treball premitat titulat: «Peculiaridades del régimen de separación de bienes de Baleares cuando uno de los cónyuges es empresario». Contestació a càrrec del Dr. Sr. Guillermo Alcover Garau, catedràtic de Dret Mercantil de la UIB.

- El 18 de març de 2019, conferència «La solidaritat i la llei en una societat culturalment diversa», a càrrec de l'acadèmic de número Sr. Carlos Gómez Martínez, que va tenir lloc a la Seu de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears.

- El 15 d'abril de 2019, conferència a càrrec de D. Eugenio Gay Motalvo, ex magistrat del Tribunal Constitucional i ex President del Consell General de l'Advocacia Espanyola sota el títol «El Tribunal Constitucional: ¿un poder del Estado?».

- El dia 20 de maig de 2019, solemne sessió d'ingrés en l'Acadèmia, com acadèmic de número, del Sr. Carlos Izquierdo Téllez, que va llegir el seu discurs d'ingrés sobre el tema: «Política criminal y justicia penal en el Pacto de Estado contra la violencia de género». Contestació a càrrec de l'acadèmica de número Sra. Isabel Tapia Fernández.

- El dia 3 de juny de 2019, taula redona del Dr. D. Antonio Pau Pedrón, president de la Secció de Dret Civil de la Comissió General de Codificació i conseller d'Estat i del Dr. D. Pedro Munar Bernat, catedràtic de Dret civil de la Universitat de les Illes Balears, amb el títol: «El nuevo enfoque legal de la discapacidad: Anteproyecto de ley de la legislación civil y procesal en la materia».

3.3.2. Assistència a activitats acadèmiques i culturals

L'Acadèmia, en la seva imbricació amb les institucions i la societat, ha estat present en activitats acadèmiques i jurídic-culturals celebrades en l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma, representada pel seu President o pels senyors Acadèmics en els quals hagi delegat. Destacarem per ordre temporal:

1r. El 20 de juny de 2018 a la seu del ICAIB el president va assistir a la sessió científica extraordinària "El museo histórico de la Real Academia de Medicina de Galicia" a càrrec del Excm. Sr. José I. Carro Otero, president de la Real Academia de Medicina de Galicia, en el saló d'actes de la Conselleria de Salut.

2n. El 28 de juny de 2018, el president va assistir a l'acte d'entrega dels premis "Diario de Mallorca", en el Club Diario de Mallorca.

3r. El mateix dia el Sr. Tomàs Mir va assistir, en representació del President, al concert a càrrec de l'Aula de Musica Contemporània del Conservatori Professional de Música de Felanitx, a invitació del Sr. Josep Prohens Julià, de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià.

4t. L'11 de juliol de 2018, convidat pel degà del ICAIB, el president va assistir a l'acte de reconeixement de l'advocacia del torn d'ofici i entrega del III premi Torn d'Ofici a la Sra. Rosa Cosmelli Maroto.

5è. El mateix dia a les 12 hores, convidat pel President del Consell Consultiu de les Illes Balears, el president va assistir a la capella del Consolat de Mar a l'acte de presentació de la memòria d'activitats 2016-2017.

6è. El 3 d'agost de 2018, el president va assistir a la recepció dels Reis al Palau de l'Almudaina.

7è. El 7 de setembre de 2018, a invitació del Rector de la UIB, el president va acudir a l'obertura de l'any acadèmic 2018-2019, que va tenir lloc al Saló d'Actes de Son Lledó.

8è. El 24 de setembre de 2018, el president va acudir a l'acte d'apertura dels tribunals del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears.

9è. El 17 d'octubre de 2018 l'acadèmic de número Sr. Miquel Coca va acudir a l'acte d'ingrés en la Reial Acadèmia Mallorquina d'Estudis Històrics, Genealògics i Heràldics, del Sr. Emilio Bejarano Galdino.

10è. El 7 de novembre de 2018, presentació del XIX Butlletí extraordinari de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i legislació de Balears en el Parlament.

11è. El 22 de novembre de 2018, l'acadèmic de número Sr. Miquel Masot Miquel va assistir, en representació de la corporació al concert de Santa Cecília que va tenir lloc a l'Acadèmia de Belles Arts.

12è. El 10 de desembre de 2018 el president va assistir a la presentació del llibre de l'acadèmic de número Sr. Bartolomé Sitjar titulat: «Por libre.- Testimonio de ochenta años que transformaron Mallorca».

13è. El 20 de desembre de 2018 president va assistir al concert de nadal en el ICAIB ofert per la coral del mateix Col·legi.

14è. Del 22 al 24 de desembre de 2018 el president va participar en Madrid al X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica.

15è. El 24 de gener de 2019 l'acadèmic de número Sr. Rafael Parera va assistir a la sessió inaugural del curs acadèmic 2019 de l'Acadèmia de Medicina de les Illes Balears, amb lectura de memòria pel secretari general M.I. Sr. Antonio Cañellas Trobal i lliçó magistral a càrrec de la acadèmica numerària M.I. Sra. Pilar Roca Salom.

16è. El 27 de febrer de 2019 el president va acudir a la conferència celebrada a la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià titulada "Fotografia: Despertar consciències" a càrrec d'En Pep Bonet, fotoperiodista i director de cinema documental.

17è. L'1 de març de 2019 el president va assistir, al Parlament de les Illes Balears, a acte commemoratiu del Dia de les Illes Balears.

18è. El 5 de març de 2019 el president va acudir a la sessió científica "El valor de la medicina familiar i comunitària" que va tenir lloc a l'Acadèmia de Medicina de les Illes Balears, a càrrec de la Sra. Verònica Casado Vicente, doctora en medicina, metgessa de família i tutora del programa de formació especialitzada del Centre de Salut "Parquesol" de Valladolid, premi "Cinc estrelles 2018" de l'Organització de Metges de Família (WONCA).

19è. El 13 de març de 2019 el president va assistir a l'Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià on va tenir lloc el lliurament de la medalla d'honor a Catalina Cantarellas Camps.

20è. El 21 de març de 2019 el president va acudir a la Reial Acadèmia de Medicina de les Illes Balears a la recepció com acadèmica numerària de la M.I. Sra. Antònia Barceló Bennassar que va pronunciar un discurs sobre «El camí cap al son i el retorn a la vigília: un cicle vital que impacta la salut».

21è. El 2 d'abril de 2019 el president va assistir a la sessió científica de la Reial Acadèmia de Medicina a càrrec del professor Antonio Gelabert Mas, catedràtic uròleg.

22è. El 10 d'abril de 2019 l'acadèmic Sr. Masot, va assistir a la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià on es va produir la investidura de la nova acadèmica la Sra. Francesa Tugores Truyol.

23è. L'11 d'abril de 2019 el president va assistir a la presentació del llibre de l'acadèmic doctor Josep Maria Quintana Petrus, titulat "Monàrquics i republicans a la Menorca de la Restauració (1874-1931)" que va tenir lloc a la seu de l'Acadèmia d'Estudis Històrics.

24è. El 30 d'abril de 2019 al Parlament de les Illes Balears el president va presentar el XX Butlletí de la nostra Acadèmia

25è. El 6 de maig de 2019 el president va acudir a la presentació de la memòria d'activitats de l'any 2018 del Consell Consultiu de les Illes Balears, a la capella del Consolat del Mar.

3.4. RELACIONS INTERNACIONALS

El President, Excm. Sr. Gabriel García Planas i l'acadèmic de número II·lm. Sr. Josep M^a Quintana Petrus, varen assistir al X Congrés de les Acadèmies Jurídiques d'Iberoamèrica que es va celebrar a Madrid els dies 22, 23 i 24 de novembre de 2018.

3.5. LA PÀGINA WEB DE L'ACADÈMIA

Des de la seva creació en el curs 2012-2013, l'Acadèmia du endavant el manteniment de la seva pàgina web (www.ajlib.es) a la qual es pot consultar tot el relatiu a aquesta Corporació, com és la seva història, la composició de la Junta, les seves activitats i les seves publicacions.

2. DISCURSO DE JOAN OLIVER ARAUJO EN LA SESIÓN NECROLÓGICA EN MEMORIA DE ANTONIO PÉREZ RAMOS

Antonio Pérez Ramos: Un humanista entre cánones (In memoriam)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DOCENTE. III. INVESTIGADOR. A) Trabajos sobre la historia de la Iglesia Católica en Mallorca y Menorca. B) Trabajos de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado. IV. ACADÉMICO DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ISLAS BALEARES. V. PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ECLESIASTICO DE LA DIÓCESIS DE MALLORCA. VI. CONSILIARIO DIOCESANO DEL MOVIMIENTO CURSILLOS DE CRISTIANDAD. VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el *Llibre de meravelles*, el filósofo Ramon Llull ilustra a Fèlix, su protagonista, en la contemplación de las maravillas del mundo, de todo aquello que nos puede incitar a la sorpresa porque es, en definitiva, aprendizaje y descubrimiento. Y dice Llull: “*En tot lo món no ha neguna cosa tan plaent com honor e bona fama que hom haja de les gents*” (“En todo el mundo no hay cosa más valiosa para una persona que el honor y la buena fama”). Pues bien, Antonio Pérez Ramos ha sido un sacerdote y un jurista rodeado del honor y la buena fama a que se refería el sabio Llull, y tendrá por ello un lugar preferente en el recuerdo de todos los hombres de bien.

Hablar de una persona que ha sabido merecer nuestra consideración no es una tarea fácil. Tampoco lo es trazar un perfil de su trayectoria, explicar en pocas líneas algunos puntos que sirvan de reflejo, un reflejo forzosamente demasiado pálido -sería muy largo hacerlo completo y nítido-, de la personalidad del profesor Pérez Ramos. Hombre de Iglesia y hombre de Derecho supo, en todas las facetas de su vida, granjearse la admiración y el respeto de los que le rodearon, tanto de los que lo contemplaban como sacerdote, como de los que lo tratábamos como jurista.

Nació en Granada, en 1931. Sin embargo, desde niño, vivió en Mallorca, donde sus padres se trasladaron por motivos laborales. En su, entonces exigente, Seminario diocesano cursó la carrera sacerdotal. Se ordenó en Roma, en 1955. Becario de la Diócesis, se licenció en Derecho Canónico por la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma, y en Derecho civil por la Universidad de Barcelona. Se doctoró en Derecho civil por la Universidad Autónoma de Barcelona y en Derecho Canónico por la Pontificia Universidad de Comillas (Madrid).

Presidente del Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Mallorca durante treinta y siete años (de 1970 a 2007), Presidente del Capítulo de Canónigos de la Catedral de Mallorca, Pro Vicario General de la Diócesis, profesor del Seminario y del Centro de Estudios Teológicos de Mallorca, Catedrático de Derecho Eclesiástico de la Universidad de las Islas Baleares, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares, Presidente de la Fundación Baltasar Coll Tomás, Cruz de San Raimundo de Peñafort, autor de numerosos libros y artículos científicos, fundador del Instituto de Estudios Matrimoniales, Presidente de la Asociación Española de Canonistas, Consiliario de los Cursos de Cristiandad en Mallorca, colaborador habitual del diario Última Hora... son éstas algunas de las facetas del profesor Pérez Ramos. Pero vayamos por partes y detengámonos, aunque sea brevemente, en alguna de estas dimensiones vitales.

II. DOCENTE

Como docente, fue profesor de Religión del Colegio del Sagrado Corazón y del Colegio Luis Vives, ambos de Palma. En el Seminario Diocesano, regentó las cátedras de Historia de la Iglesia y de Derecho Público Eclesiástico. Y, finalmente, en la Universidad de las Illes Balears fue profesor de Derecho Canónico y catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Dejando en todos estos puestos el buen olor de la bondad, la sabiduría y el amor por sus alumnos. Una nota colgada por un estudiante anónimo en la puerta del aula de la Facultad de Derecho, en donde iba a dar clase pocos minutos después, sintetizaba lo que los alumnos sentíamos por él. La nota, escrita manualmente con grandes letras, decía así: “Profesor Pérez Ramos, los alumnos te adoramos”. La rima era sin duda mejorable, pero el sentimiento estaba perfectamente expresado.

III. INVESTIGADOR

Hombre de estudio e investigación, tiene una vasta e impresionante obra publicada que, a riesgo de simplificar, me atrevería a dividir en dos grandes bloques: trabajos sobre la historia de la Iglesia Católica en Mallorca y Menorca, por una parte, y trabajos de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico, por otra. Veamos ambos bloques.

A) Trabajos sobre la historia de la Iglesia Católica en Mallorca y Menorca

En este primer grupo, hemos de incluir algunos tempranos trabajos de investigación histórica local, como la *Monografía de la Iglesia de Capdepera*, *La parroquia de Artá* y *El Santuario de San Salvador*, así como un interesante estudio sobre la reacción de la Iglesia y el pueblo de Mallorca ante la supresión del Santo Oficio (1813-1814). Sin embargo, sus dos trabajos más relevantes de este bloque son dos libros biográficos, uno sobre el obispo de Mallorca Miguel Salvá y otro sobre el obispo de Menorca Bartolomé Pascual, que resultan de consulta imprescindible para cualquier persona que quiera acercarse con un mínimo de rigor al estudio de la historia de las Iglesias de Mallorca y Menorca en los siglos XIX y XX, tan llena por otra de claroscuros. Detengámonos brevemente en estos dos libros.

— En 1968, vio la luz su obra titulada: *El Obispo Salvá. Un capítulo en la historia de Mallorca del siglo XIX*, prologada por el canónigo Don Bruno Morey, y dedicada al “Excmo. y Rvdmo. Sr. Dr. Don Rafael Álvarez Lara, dignísimo sucesor del Obispo Salvá en la sede de Mallorca, con devoción filial”. Se trata de una biografía concebida como algo más que una relación de hechos o una crónica. En efecto, como indica el subtítulo, la obra intenta ser un capítulo de la historia de Mallorca del siglo XIX, bastante desconocida, con ser tan próxima. Con valentía, sin concesiones, escribió Pérez Ramos lo que se dejó de hacer en su día por razones que, siendo suaves, podríamos calificar de “prudencia” eclesiástica. No olvidemos que se trata de la biografía de un obispo que militó en su juventud en el liberalismo, sufrió destierro por esta causa, y tuvo más tarde que mantenerse alejado de la isla durante varios lustros. La biografía del Obispo Salvá nos descubre, no solo a un clérigo que logró la mitra, sino a un auténtico “ilustrado”, a un estudioso, a un investigador y a un político íntegro en sus costumbres y ejemplar en su quehacer profesional. Además, el profesor Pérez Ramos, de la mano del protagonista de su obra, entra en el estudio de su circunstancia, esto es, la época decimonónica, tan interesante para el estudioso como incómoda para los que la vivieron. Conociendo la biografía del Obispo Salvá, nos percatamos

de la cambiante panorámica política y religiosa de Mallorca a través de tres cuartos del siglo XIX: desde el Dos de Mayo, en el que es un seminarista de dieciséis años, hasta el advenimiento de la Primera República, en que muere siendo obispo.

– Doce años más tarde, en 1980, el profesor Pérez Ramos dio a la luz su biografía del obispo Bartolomé Pascual, bajo el título: *El Obispo Pascual. Un tiempo/ una Iglesia. Mallorca, 1875-1939; Menorca, 1939-1967*. Personalidad poliédrica la de su biografiado, a quien le correspondió la hercúlea tarea de reconstruir, material y humanamente, la diócesis menorquina en 1939. Nada más y nada menos. Jugando limpio, como siempre hizo el profesor Pérez Ramos, no se detiene ante las exigencias de la crítica más severa y, sin dejar de tratar al personaje siempre con todo respeto, acepta íntegramente toda la verdad sobre su actuación pública. En este sentido, junto al elogio de sus méritos y valores, no esconde notables fallos del prelado biografiado, sobre los que no tiene ninguna duda en llamar la atención del lector, porque le compromete la verdad histórica, que no puede ser nunca sacrificada a ninguna idea preconcebida ni a ninguna subjetivación. Entre las críticas más ácidas que se le han dirigido con reiteración sobresale su entusiasta adhesión a la dictadura franquista. Sin embargo, su circunstancia personal —accedió a la mitra con casi sesenta y cinco años— y su circunstancia geográfica —su diócesis había sido, literalmente, martirizada en los tres años de la Guerra Civil— nos pueden hacer, si no disculpar, sí al menos matizar una posición política marcada por la parcialidad y, tal vez, por la miopía.

B) Trabajos de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado

Siendo importante su obra publicada en el campo de la historia eclesiástica de Mallorca y Menorca, lo es mucho más su labor investigadora en el campo del Derecho Canónico y en el ámbito del Derecho Eclesiástico del Estado. Por cierto, dos disciplinas jurídicas muy distantes entre sí, pues mientras el Derecho Canónico estudia las normas de la Iglesia Católica, el Derecho Eclesiástico del Estado analiza el Derecho del Estado español sobre el fenómeno religioso y sobre las diversas iglesias. Pues bien, aunque el profesor Pérez Ramos trabajó en ambos campos del Derecho, por razones personales y cronológicas su excelencia jurídica brilló especialmente en el ámbito del Derecho Canónico. Sin ningún propósito de exhaustividad, podemos recordar algunos de sus estudios en estas dos parcelas jurídicas.

1- Trabajos en el ámbito del Derecho Canónico:

– “La sumariedad en los procesos canónicos matrimoniales” fue el título de su tesis doctoral, dirigida por el profesor Víctor Reina Bernáldez. Brillantemente defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona en 1979, fue publicada en 1980. El tribunal que la juzgó, del que formaban parte entre otros los profesores José Antonio Souto Paz y Rafael Navarro Valls, le otorgó la máxima calificación, esto es, sobresaliente *cum laude*. Justifica, el profesor Pérez Ramos, este tema de tesis doctoral en la necesidad de remediar la excesiva duración de los procesos canónicos matrimoniales, y el convencimiento de la urgencia de encontrar una tramitación de los mismos que, sin menoscabo de la seriedad, fuera más rápida, simple y económica.

– “Matrimonios nulos: jurisprudencia canónica actual (Mallorca, 1973-1988). Libro en el que recoge cuarenta y cinco sentencias salidas de su pluma, debidamente clasificadas en diez capítulos: incapacidad para contraer, incapacidad para consentir por defecto del consentimiento, incapacidad para consentir por vicio del consentimiento, simulación parcial del consentimiento, incapacidad para prestar el objeto del consentimiento, divergencia conocida y querida entre voluntad interna y declaración, divergencia no conocida y no querida, relación entre consentimiento y forma, condición puesta y no cumplida, y exclusión de la causa del negocio.

– “La inculturación del matrimonio en la moderna jurisprudencia rotal”.

– “Novedades de jurisprudencia matrimonial canónica” en los años 2005, 2006, 2008 y 2009.

– “Directrices de la Santa Sede y la Conferencia Episcopal Española sobre la enseñanza del Derecho Canónico en los Centros Eclesiásticos”.

– “El *bonum coniugum* en la jurisprudencia, hoy: una lectura personalista”.

– “El bien de los cónyuges en la jurisprudencia postcodicial”.

– “La prueba de la incapacidad”.

– “Problemas que plantea el decreto de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre impotencia”.

– “La *duplex conformis*, cuestionada (1971-2001)”.

– “Personalismo y matrimonio: sentencias emblemáticas en torno al Can. 1095.3”.

– “El derecho probatorio del error y de la condición en el matrimonio canónico”.

- “Presunciones jurisprudenciales sobre la exclusión de la indisolubilidad”.
- “Canonística española defensora del error en la personalidad”.
- “El ejercicio de los derechos fundamentales de los fieles”.
- “La exclusión de la fidelidad. Una lectura de su reciente derecho sustantivo y procesal”.
- “Precisiones jurisprudenciales sobre la inmadurez afectiva y su prueba pericial”.
- “La prueba de la incapacidad psíquica y las anomalías con la fase intervalar”.
- “En torno a la simulación/exclusión en el matrimonio canónico, hoy”.
- “Modificaciones en el nuevo proceso de nulidad matrimonial”.
- “Patología del consentimiento matrimonial”.

2.- Trabajos en el ámbito del Derecho Eclesiástico del Estado:

- “Estado y confesiones en España”.
- “El tractament del fenomen religiós en el Dret Espanyol”.
- “Unidad católica/ libertad religiosa en España (1869-1979).

Para finalizar este apartado, digamos que, el prestigio profesional del profesor Pérez Ramos en esta parcela del Derecho, le llevó a la Presidencia de la “Asociación Española de Canonistas”. En este concepto, organizó y lideró las vigésimo segundas (XXII) Jornadas de dicha asociación, que tuvieron lugar en Madrid, los días 3, 4 y 5 de abril de 2002, y cuyas ponencias y comunicaciones fueron publicadas, el año siguiente, por la editorial de la Universidad Pontificia de Salamanca, bajo el título: *La prueba en los procesos de nulidad matrimonial. Cuestiones de actualidad en Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*. De hecho, la ponencia de clausura de dicho congreso corrió a su cargo, estando centrada en la prueba de la incapacidad psíquica y en las cuestiones relacionadas con la falta de libertad interna, la inmadurez afectiva y la incapacidad relativa, apuntando interesantes sugerencias, incluso de *iure condendo*.

IV. ACADÉMICO DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ISLAS BALEARES

El día 10 de febrero de 1996, el Pleno de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares eligió Académico de Número al Doctor Antonio Pérez Ramos, que leyó su discurso de ingreso el 12 de marzo del año siguiente, siendo contestado por Don Juan Vidal Perelló. El título de este discurso fue: “El matrimonio canónico en libertad”, y el subtítulo: “Reflexiones al hilo de las fuentes históricas de su regulación”. En el mismo, que está íntegramente publicado en el número IV del *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares* (págs. 39-75), presentó la historia del matrimonio vista desde el ángulo del consentimiento en libertad o, dicho con otras palabras, de la libertad para casarse. Libertad en sus tres acepciones clásicas: psicológica, moral y jurídica. Lo que, con lacónica precisión, vino a recoger el vigente Código Canónico de 1983, en el canon 219, cuando afirma que, “en la elección del estado de vida, todos los fieles tienen el derecho a ser inmunes de cualquier coacción”.

En sus más de veinte años de Académico de Número, el profesor Pérez Ramos aportó sabiduría, experiencia y sentido común en todas las tareas que asumió. Me permitirán ahora que recuerde, sin carácter exhaustivo, otros trabajos de su autoría publicados en el *Boletín* de nuestra Real Academia:

- “El Código de Derecho Canónico a los treinta años de su publicación”.
- “Jurisprudencia matrimonial canónica”.
- “Problemas planteados en torno al Registro Civil del matrimonio canónico”.
- “Necrológica en recuerdo de Juan Vidal Perelló”.

Asimismo, en la sección “Las páginas de la Academia” de la revista *Missér*, del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, publicó, en 2014, un emotivo y brillante artículo bajo el título: “Francisco, un pontífice extraordinario”.

V. PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ECLESIASTICO DE LA DIÓCESIS DE MALLORCA

Tras una breve etapa de vida parroquial, desde 1956 se dedicó a la Curia Eclesiástica, que jalonó en todos sus puestos hasta llegar al más alto, esto es, el de Provisor-Juez del Tribunal Diocesano. Desde este puesto, con espíritu

evangélico y amor a los hombres y mujeres que acudían a su discernimiento, dio salida a cientos de casos de nulidad matrimonial, tranquilizando conciencias y abriendo caminos de esperanza a muchos cristianos que deseaban rehacer sus vidas sin verse apartados de la comunión eclesial. Supo transmitir empatía y dar esperanza a las personas que acudían a él buscando una salida al laberinto moral al que la vida les había conducido. Pero no solo daba respuesta a quienes pedían, con seriedad y rigor, la nulidad de sus matrimonios, sino que, en los treinta y siete años que ejerció como Vicario Judicial, fue el asesor para los temas jurídicos de los obispos Rafael Álvarez, Teodoro Úbeda y Jesús Murgui. Nunca les faltó su consejo certero y su devoción filial.

VI. CONSILIARIO DIOCESANO DEL MOVIMIENTO CURSILLOS DE CRISTIANDAD

Antonio Pérez Ramos desarrolló su vocación de sacerdote en numerosos ámbitos, pero la de pastor de almas la vivió con especial intensidad en su condición de consiliario diocesano del movimiento *Cursillos de Cristiandad*, fundado por su admirado amigo Eduardo Bonnín, al que consideraba un santo digno de ser canonizado, como me comentó en una ocasión, posiblemente de forma profética. Consideraba a los cursillistas su “parroquia personal”, que él pastoreaba con todo amor.

Pero, ¿cuál era para el profesor Pérez Ramos la quintaesencia del carisma fundacional de los Cursillos de Cristiandad? Respondió a esta pregunta en su conferencia “Ideas y carismas fundacionales de Cursillos de Cristiandad” pronunciada, en abril de 2002, dentro de las *II Conversaciones de Cala Figuera*. En concreto afirmó: en el plano ideológico, el ser del carisma de Cursillos de Cristiandad “emana y se nutre del más puro humanismo cristiano de todos los tiempos y, en especial, del personalismo incorporado por el Vaticano II, en diálogo abierto con la antropología, la axiología, la psicología y demás ciencias que se ocupan y preocupan del hombre integral. Y, en el plano de las realidades vivenciales, lo medular del carisma se proyecta en una experiencia íntima de sentirse uno amado por Dios, así como en la consiguiente inquietud apostólica del bautizado por comunicar tan gozosa noticia a los más posibles con preferencia a los alejados de la Iglesia, a través del mejor medio que es la amistad”.

En diciembre de 2008, en la revista *Manantial*, el Padre Pérez Ramos escribió: “Del Cursillo lo más novedoso es que lanza al seglar al apostolado en su pista específica y con su normal peculiar estilo, el suyo, el que Dios le ha dado, impulsándolo a la gozosa aventura de simplificar y facilitar el

camino para ir encontrándose consigo mismo y para que, desde sí mismo, vaya descubriendo que el encuentro con Cristo y con los hermanos puede irse dilatando y convirtiéndose en amistad”.

VII. CONCLUSIÓN

Permítanme, para ir terminando, una anécdota personal. En cierta ocasión, hablando con el profesor Pérez Ramos en la antigua Facultad de Derecho en el Edificio de “Sa Riera”, le comenté que, a mi juicio, era un lamentable error que la Nunciatura Apostólica en Madrid no lo promoviera a la dignidad de Obispo. Y él, con toda humildad, me hizo una confesión que define su extraordinaria fidelidad a su conciencia. Me dijo lo siguiente: Yo nunca he podido ser obispo, pues en los años siguientes al Concilio Vaticano II, cuando corrían vientos progresistas en la Iglesia, yo era un clérigo muy conservador y atado a la lectura más formalista de las normas. Más tarde, mi contacto con los jóvenes en la Universidad y con los matrimonios rotos o nulos en el Tribunal Eclesiástico, me hizo cambiar mi visión del mundo, es decir, me preocupé mucho más por las personas y sus dramas que por formalismos enervantes, intentando dar una respuesta evangélica y humana a los problemas concretos de las personas que acudían a mí buscando una solución cristiana. Dijeron entonces de mí, como elogio o como crítica —eso dependía—, que era un juez abierto y avanzado. Pero entonces los signos en la Iglesia habían cambiado y soplaban, desde la Roma del Papa Wojtyła, un fuerte viento conservador, sobre todo en temas morales. En resumen, concluía el profesor Pérez Ramos, cuando la Iglesia era de izquierdas, yo era de derechas; y cuando la Iglesia giró a la derecha, yo estaba en la izquierda, y así no hay quien sea obispo. Quedé muy impresionado por lo que acababa de revelarme, pues lo vi como un hombre esencialmente libre y sin ambición personal, que actuaba siempre de acuerdo con su conciencia, por encima de las tendencias circunstanciales o de las modas eclesiales. Y esto, a mi juicio, lo hacía aún más atractivo.

Ésta es una síntesis de urgencia de su dimensión pública. O más exactamente solo una pequeña parte de ella. Porque es difícil hacer la síntesis de las grandes obras. De la misma manera que no es nada fácil calcular la fuerza de un río impetuoso, ni la embestida de su caudal, ni el color exacto de sus aguas. Los antiguos hablaban de la existencia humana y la comparaban con el recorrido de un río. Un recorrido que conduce siempre a la mar, que es el morir, como afirma Jorge Manrique. Pero los ríos del mundo son numerosos y esparcen sus aguas para hacer la tierra fértil y los sembrados prósperos. Algunos tienen el caudal poderoso, avanzan seguros y enérgicos, son fuente

de vida, resultan bellos para la contemplación, se pueden recorrer e, incluso, navegar. La vida de Antonio Pérez Ramos se parece mucho a este tipo de ríos, aquellos que riegan los campos y que tienen el agua azul, casi de tonalidades marinas.

“Yo no creo en el destino, concebido en el sentido de que todo está escrito en las estrellas, sino más bien pienso que el carácter es el destino”, escribió hace algunos años el profesor Jorge de Esteban. Pues bien, en el carácter del profesor Pérez Ramos hay que subrayar la pasión con que ha abordado su quehacer jurídico y sacerdotal, con una laboriosidad extraordinaria mantenida día a día, una inteligencia viva y sugerente que le llevó a cuestionarse hasta los últimos extremos de todos los temas que abordaba, y una honestidad intelectual que le ha conducido a decir y escribir lo que estimaba justo y adecuado en ambientes favorables y en otros más hostiles. Tomando prestadas las palabras a Pedro García Cuartango, diré que Pérez Ramos era un “espíritu acostumbrado a pensar por su cuenta y a rechazar el discurso de lo políticamente correcto”, lo que hacía francamente difícil catalogarlo. A riesgo de simplificar, diré de él que era un excelente jurista y un humanista profundamente cristiano, que siempre nos recordaba, con las palabras de San Juan de la Cruz, que “en el atardecer de nuestras vidas, seremos juzgados en el amor”. Ni siquiera el Alzhéimer se lo hizo olvidar.

Nada más y muchas gracias.

3. INTERVENCIÓN DE ANTONIO TERRASA GARCÍA EN MESA REDONDA SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA OCUPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES

Notas sobre el delito leve de usurpación de bienes inmuebles

Aunque en principio la problemática relacionada con el delito leve de usurpación de inmuebles no parezca extraordinariamente rica, presenta sin embargo algunas cuestiones bastante discutibles.

Para tratar de resumirlo en el poco tiempo de que dispongo, diré que -para mí- esta figura penal ofrece una doble dificultad:

- a) primero la siempre cuestionable discriminación entre hecho y derecho.
- b) y también la determinación del bien jurídico protegido.

Me dirán que son aspectos eminentemente teóricos que pugnan con la versatilidad demandada por una mesa redonda, pero al fin y al cabo tampoco resultan tan insólitos para una actividad organizada por esta Academia.

En cuanto a lo primero (la evanescente discriminación entre el hecho y el derecho), la dogmática ha demostrado que no siempre podemos determinar con rotundidad cuándo un fenómeno o una situación corresponde a uno u otro campo, y por tanto encontramos verdaderos problemas para separarlas netamente, probablemente porque -en definitiva- no pueden ser consideradas auténticas categorías autónomas y excluyentes.

Por tanto, dudar si la posesión es un hecho o un derecho solo contribuye a desenfocar la cuestión y perpetuar el misterio.

Más interés presenta saber desde cuándo el hecho posesorio empieza a poder ser contemplado por el derecho, y a partir de cuándo o en qué condiciones ya produce consecuencias jurídicas.

El catedrático de derecho civil y hoy académico de número en esta corporación D. Miguel Coca Payeras, en el *Comentario del Código Civil* (editado por el Ministerio de Justicia en Madrid durante el año 1991,

p. 1160 y ss.), formuló un acabado y meticuloso análisis dirigido a tratar de ordenar de modo coherente la regulación de la posesión en el CC.

Allí afirmó que ésta responde a una relación de poder, es decir un control jurídicamente reconocible, y por tanto la relación puramente material (*corpus*), sea aprehensión de mueble u ocupación de inmueble, determina una simple detentación que -por sí sola- no constituye auténtica posesión.

La posesión natural requiere, además de esa detentación, una tenencia con cierta capacidad de reconocimiento jurídico, o sea una mínima visibilidad posesoria opuesta a la clandestinidad (*nec clam, nec vi, nec precario*).

Mientras que la posesión civil exige, además, la voluntad de tener la cosa como propia (*animus*).

El Código Civil (CC) acudió a semejante distinción -perfectamente prescindible- entre posesión natural y civil, precisamente porque la protección interdicial engloba tanto la simple detentación como la auténtica posesión.

Así en el art. 441 CC se prohíbe que el despojado use su propia fuerza para recuperarlas, pero no por dificultades derivadas del derecho civil, sino por exigencias de orden público, que imponen solicitar el auxilio de la Autoridad competente

Pero es importante recordar que el propio CC contempla, como formas válidas para adquirir la posesión, en su art. 438, la ocupación material, y, en su art. 444, la ocupación violenta o contraria a la voluntad del poseedor, y esto último aunque (según el art. 460.4º) el despojado mantenga su derecho de recuperación durante un año mediante la correspondiente acción posesoria.

Por tanto, la ocupación violenta también viene recogida y tratada a los efectos civiles; y en estas condiciones, podría no ser fácil distinguir cuándo la conducta corresponde a la órbita civil, la penal, e incluso la administrativa, porque ese mismo comportamiento también resulta gubernativamente sancionable por razones de orden público.

En el Código Penal (CP) de 1995 se introdujo (art. 245.2) el delito leve de ocupación no autorizada, pero sin violencia ni intimidación, o el mantenimiento contra la voluntad del titular, de inmuebles que no constituyan morada, en respuesta a la menor entidad delictiva por no tratarse de domicilio ni mediar violencia o intimidación, supuestos de mayor gravedad tipificados en el art. 202 CP como delito grave de usurpación.

Para empezar, me referiré a si esta figura penal entraña un delito de resultado o por el contrario un delito de mera actividad.

En general se consideran delitos de mera actividad los que no necesitan la producción de un resultado (allanamiento de morada, falso testimonio), pero a tenor del disenso sobre los aspectos objetivo y subjetivo del injusto, y las diferencias de tratamiento dogmático en torno al desvalor de la acción y del resultado, el problema radica en fijar lo que se debe entender por resultado.

Podría apuntarse al paulatino desplazamiento de las bases naturalísticas, progresivamente sustituidas por otras de carácter normativista, y así -simplificando y a trazo grueso- se ha escrito (ALCALE SÁNCHEZ María, «Los delitos de mera actividad», RDPC, 10, 2002, pág. 20) que podrían considerarse delitos de mera actividad los no necesitados de un resultado natural, en el sentido de consecuencia natural derivable de la acción delictiva.

En este aspecto, la afectación de derechos patrimoniales respondería a esta situación de mera actividad, o sea la producción de un resultado puramente jurídico y no necesariamente natural (que también puede concurrir, pero que no resulta necesario).

En cuanto al bien jurídico protegido, nuestro CP incluye esta figura entre los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico.

La STS 2ª 12 Nov. 2014 ha considerado que la protección se refiere al pacífico ejercicio del derecho sobre el patrimonio inmobiliario, y ésta parece ser la opinión doctrinal mayoritaria.

Nótese que cuando esta sentencia reduce la protección penal a los supuestos de *riesgo relevante para la posesión*, lo hace para excluir solamente las ocupaciones ocasionales o sin vocación de permanencia, pero no se incluyen -al menos expresamente- otras posibles situaciones como el desinterés o el abandono.

Señala esta sentencia que ese <<riesgo relevante>> *es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta*, lo que parece apuntar a la falta de tipicidad antes que a la ausencia de antijuridicidad, lo cual resulta difícil de asumir en tanto la formulación típica resulta inequívoca, y en cambio es la falta de lesión efectiva, o en su caso la falta de exposición potencial del bien jurídico a un verdadero riesgo de lesión, lo que dota a la conducta de irrelevancia penal, es decir, la insignificancia antijurídica de la conducta.

Además, cuando dicha sentencia se refiere a la carencia de título jurídico legitimador que respalde la ocupación, parece anudar -con una claridad manifiestamente mejorable- la situación de precario a los casos de autorización expresa dada por el poseedor (es decir el contrato de precario, el *precario dans* romano) olvidando que nuestro concepto de precario incluye, además, los supuestos de mera tolerancia, sin que quepa descartar ocupaciones bajo una expectativa razonable de tolerancia, a medio camino entre la atipicidad o el error de tipo.

También se ha defendido que la protección penal recae sobre la posesión, y así el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Baleares, tomado por mayoría en fecha 28 de mayo de 2019, señala que: *El bien jurídico protegido desde un punto de vista de la antijuridicidad material, que no formal, consiste, no en la propiedad sino en la posesión...*

Pese a lo ambiguo de la redacción, no creo que se pretenda extraer el bien jurídico protegido de la antijuridicidad, algo así como querer levantarse tirándose del cabello, porque la antijuridicidad (la contrariedad a Derecho) concurre cuando el bien jurídico protegido típicamente -y por ende preestablecido- ha sido lesionado, y no al revés.

Lo interesante es que -según el mencionado acuerdo mayoritario- el bien jurídico a proteger no consiste: *en la posesión mediata ni en la posesión civil, sino que lo que se protege es la posesión material, real y efectiva o inmediata, al servidor de la posesión.*

Es esta una referencia -probablemente desconcertante desde la óptica civil-, pero que unida a la invocación de la *función social de la posesión*, busca justificar la retracción punitiva ante situaciones posesorias que se consideran decadentes por inactivas, como los supuestos de desinterés, abandono, ruina, o falta de control posesorio efectivo.

En suma, se trata de ocupaciones producidas respecto de aquellos inmuebles cuyo titular se ha desentendido, lo que en concreto va siendo aplicado a las entidades bancarias que se han mostrado ajenas o inactivas en cuanto a su parque inmobiliario.

Una posición, no unánime en el mencionado pleno no jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Baleares, cuyo parecer minoritario enfatiza varios inconvenientes de la postura mayoritaria:

a) La primera censura radica en que no cabe interpretar la norma discriminando en función del sujeto pasivo, y retirar por ello la protección penal a determinadas personas jurídicas solo por estar dedicadas al crédito, al ahorro, la financiación, o a la gestión del patrimonio inmobiliario.

Aunque, en cuanto a este extremo, la verdadera cuestión estaría en determinar si la discriminación opera en realidad por el tipo de dedicación, o porque ésta determina en casos concretos un ejercicio inadecuado del derecho (o mejor una falta de ejercicio adecuado).

b) La segunda crítica atañe a que la libertad jurídicamente reconocible al poseedor sobre el ejercicio de su derecho no puede ceder frente a las exigencias de la función social, porque ésta no constituye un límite legalmente reconocido.

Lo cierto es que Antonio Hernández Gil (*“La función social de la posesión: Ensayo de teorización sociológico-jurídica”*. Alianza editorial. Madrid 1969), asoció la función social de la posesión a la dinamización del ordenamiento jurídico, preconizando la potenciación de ésta en detrimento de la propiedad (en base a los criterios de necesidad e igualdad), pero sin trasposición normativa al ordenamiento positivo.

En mi opinión, esta ausencia de respaldo normativo impide integrar la función social de la posesión como límite frente a la libertad de ejercicio jurídicamente reconocida al poseedor.

Y tampoco cabe aceptarla como parámetro con que establecer la relevancia o insignificancia antijurídica de la conducta en el caso concreto, pese a que la posición mayoritaria de la Audiencia Provincial de Baleares parece sugerirlo, porque ello exigiría que el mismo derecho aplicado a la misma situación determinase una consecuencia en el ámbito civil y la contraria en el penal.

Si en el orden civil la situación de un ocupante sin título legítimo frente a un poseedor resulta contraria a derecho pese a que este último no haya sido respetuoso o suficientemente considerado con la función social de la posesión, mal puede concluirse que tal situación carece de relevancia antijurídica en el orden penal.

Dicho de otra manera, no cabe que el derecho de posesión o la posesión como derecho sean diferentes según se apliquen a la esfera civil o a la penal, y que en una genere contrariedad a derecho, lo mismo que en la otra presenta irrelevancia antijurídica.

Las desdibujadas fronteras entre lo civil, lo penal, y lo administrativo, podrían tratar de perfilarse acudiendo a la gravedad del hecho o el grado de culpabilidad, en ambos casos del infractor, pero no por la adecuación o corrección con que la víctima haya hecho uso de un derecho respecto del que la función social no se ha erigido en límite normativo.

Y por cierto, para semejante viaje tampoco era necesario reducir el bien jurídico protegido a la posesión, pues -como se ve- la STS 2ª 12 Nov. 2014 introduce la exigencia concreta de riesgo relevante para ella, pero sin dejar de cobijarla bajo el manto protector más extenso que proporcionan el patrimonio inmobiliario y el orden socio-económico.

Al menos quienes proponen ampliar (en lugar de reducir) el bien jurídico, para incluir el orden público junto con el patrimonio inmobiliario, tienen algunos argumentos a su favor:

a) buena parte de la regulación sobre la posesión en el CC está teñida de vinculación con determinados aspectos de orden público.

b) desde que el art. 37 Ley 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana prevé para sanciones gubernativas para el mismo comportamiento penalmente tipificado resulta legalmente establecida su relación, si no superposición, con el orden público.

c) la STS 2ª 15 Nov. 2004 afirmó que este tipo de delito fue introducido en nuestra legislación por el CP 95 a fin de sancionar las conductas de los llamados “ocupas”.

En todo caso, la concurrencia entre la sanción administrativa para proteger el orden público y la penal para proteger el patrimonio inmobiliario, procede enfocarla como un concurso de normas que, según el art. 8.4 CP debe resolverse en favor del precepto más grave, bien que con severas dificultades en el caso de imprudencia.

Por lo que se refiere a las medidas cautelares, quizá convenga reseñar que la Instrucción del Fiscal Superior de esta Comunidad Autónoma a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (fecha el 10 de junio de 2019), no impone la detención de los ocupantes salvo cuando proceda; pero sí ordena su desalojo, bien que el art. 334 LECrim. articula la incautación y restitución a la víctima los instrumentos y efectos del delito como medida competencialmente atribuida al juez de instrucción y frente a la que cabe interponer recurso, sin perjuicio de añadir que existe una inveterada práctica

policial, creo que plausible, inclinada a restituir directamente los efectos a las víctimas dando cuenta al juez competente; aunque también es cierto que -en algunos casos- el desalojo directo por la policía podría enfrentarse a un despojo domiciliario que aconseje -en supuestos límite- la intervención judicial; y de ahí el interés relativo a la actuación del correspondiente juzgado de instrucción en funciones de guardia, aspecto que sin duda podrá exponer con mayor conocimiento de causa podrá la decana de los jueces de Palma presente en esta mesa.

4. ESTUDIOS EN EL SENO DE LAS COMISIONES ACADÉMICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO: UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA VIVIENDA

4.1. DE MIQUEL MASOT MIQUEL

Presentación de los estudios

Una circunstancia absolutamente imprevisible, y desde luego también inevitable, como ha sido la pandemia mundial del Covid 19, ha determinado la paralización de las actividades en nuestra Real Academia, como ha ocurrido en tantas y tantas organizaciones e instituciones. Sin embargo, las Comisiones Académicas de Derecho público y de Derecho privado, en funcionamiento en el seno de nuestra Corporación desde el año 2009, no han estado ociosas durante el presente curso; y ello es así porque al inicio del mismo, en el mes de octubre del pasado año, en la primera de las sesiones académicas celebradas, se debatió el tema a estudiar durante el curso ahora a punto de finalizar, acordándose que los estudios estarían centrados en la problemática jurídica de la vivienda, contemplada desde las diversas ramas del Derecho, al ser la vivienda un concepto polivalente. No se esperaba, desde luego, que precisamente el tema de la vivienda –y en particular de la vivienda habitual– fuera contemplado al cabo de unos meses de manera harto inesperada por una normativa –encarnada especialmente en el Real Decreto-ley 11/2020 de 31 de marzo– encaminada a luchar contra la pavorosa situación en que se encontrará una sociedad empobrecida, con un paro descomunal y una situación económica alarmante en muchas empresas.

El hecho de presentarse esta situación al final del curso académico 2019/2020 ha impedido presentar aquí estudios centrados en la indicada normativa, pero ello no supone una merma del interés que, de entrada, despierta la contemplación de la vivienda desde las diversas ópticas jurídicas en que ello es posible. Ya que, como se dice en el primero de los estudios que siguen –del que es autor Tomás Mir de la Fuente– “hay un Derecho -con mayúscula por objetivo– de la Vivienda español, comprensivo de las normas jurídicas que regulan la vivienda, encuadrables en todas las Ramas

o disciplinas académicas, como: en el Derecho Constitucional el proclamado derecho -con minúscula por subjetivo, aunque no fundamental ni público- a disfrutar de una vivienda digna y adecuada; en el Derecho civil, entendida la vivienda como cosa, susceptible de ser objeto de derechos reales, cuales el de propiedad o el de habitación, y en cualquier caso de posesión, como la mediata del inquilino, en virtud del contrato de arrendamiento, y de transmisión inter vivos o mortis causa y como sede del hogar familiar; en el Derecho Penal como morada a buen recaudo o artículo de primera necesidad a proteger del fraude y la estafa; en el Derecho Procesal, tanto civil como penal, con procedimientos especiales o especialidades de los ordinarios; en el Derecho Administrativo, en todas sus partes y direcciones de la actividad del Estado, las Comunidades Autónomas (desde que las hay) y el Municipio y otras entidades locales, más de fomento que de policía o intervención y de prestación o servicio público; y en el Derecho Financiero y Tributario, en el gasto público, que las ayudas y subvenciones generan, y en los ingresos públicos, en positivo, por las rentas reales o potenciales o imputadas o el capital que gravan algunos impuestos, su valor en las transmisiones inter vivos, entre particulares o empresarios y consumidores, o la sucesión mortis causa, sujetas a otros impuestos, y, en negativo, los beneficios fiscales en favor de la vivienda habitual, en casi todos.”

No es extraño, por tanto, que el estudio del Abogado del Estado y Académico Tomás Mir de la Fuente se titule precisamente “Un Derecho de la vivienda, con nombre y apellidos, y de contenido proteico y calidoscópico, visto desde una particular perspectiva”. Y ello es así porque la vivienda viene a ser como un caleidoscopio, ya que una visión única de la misma permite descubrir de ella imágenes diversas y multiplicadas, mientras que lo de “proteico” –del griego *proteos*, lo que cambia de formas o de ideas– viene a cuenta por las casi incontables formas en que un mismo concepto –la vivienda– viene expresado en las diversas normativas, que nos hablaban de casa, morada y hogar, para añadir ahora adjetivos que acotan el sustantivo vivienda: familiar, habitual, común, de protección oficial, de renta limitada, barata, bonificada, subvencionada, desocupada, okupada, turística, unifamiliar, plurifamiliar, etc, etc... En definitiva, el estudio del que se viene tratando es un recorrido por estas diversas normativas, tanto estatal como autonómica, desde el análisis del pronunciamiento constitucional, que considera el derecho a la vivienda digna como uno de los principios rectores de la política social y económica, hasta los rasgos generales de la legislación administrativa y tributaria dictada en contemplación de ella; para llegar, entre otras, a la conclusión de que esta múltiple adscripción a las diversas ramas del Derecho no la convierte en una rama autónoma, con principios que le den trabazón y coherencia interna, no siendo su estudio una Ciencia con métodos peculiares o perspectiva propia.

Le sigue el estudio del Magistrado y Académico Carlos Izquierdo Téllez titulado “La respuesta penal a la ocupación de viviendas”. En particular se refiere el estudio a la ocupación de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyen morada, contraponiéndola al delito de allanamiento de morada, y analizando, en primer término, la política criminal que se ha seguido con relación a aquélla. Se estudian profusamente los tipos penales de los apartados 1 y 2 del art. 245 del Código penal, contemplando asimismo el bien jurídico protegido, las posibles circunstancias eximentes, la penalidad y los aspectos procesales. El estudio finaliza con una referencia a la actual política criminal con una inevitable tendencia al endurecimiento punitivo, posicionamiento que no comparte el autor del estudio, dado que finaliza el mismo con estas palabras: “Entendemos, en fin, que la respuesta penal a la actual situación de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios o viviendas que no constituyan morada no debe ser el endurecimiento punitivo, sino la adopción de medidas específicas en otros campos, singularmente civil y administrativo, estimándose que la reforma de la LEC operada por la Ley 5/2018, de 11 de junio, constituye un primer paso.”

Viene a continuación el estudio del Académico y Notario de Palma Carlos Jiménez Gallego titulado “La adquisición de vivienda financiada con préstamo hipotecario”, en el cual combina su reconocida sabiduría jurídica con la experiencia que supone el ejercicio de la profesión de Notario, en contacto diario con la realidad práctica de la financiación mediante hipoteca de las adquisiciones de viviendas. Sabido es que la normativa cambió profundamente a raíz de la ley 5/2019 de 16 de marzo, analizando el autor, en primer lugar, la problemática cuestión del ámbito de aplicación de la misma. A continuación se centra en cada una de las sucesivas etapas que exige, en la actualidad, el otorgamiento de una escritura de préstamo hipotecario de acuerdo con la indicada normativa: el examen de la solvencia del futuro deudor, la tasación, contemplando el tema de la retribución del personal al servicio del prestamista, y la información precontractual, con examen de la documentación a entregar por el prestamista – y en especial por los Bancos–, así como la formalización de un acta notarial previa; también ésta tiene sus sucesivas etapas: elección de notario por el interesado, asignación de la operación por el notario, examen por éste de los documentos enviados (revisión), validación (o petición de subsanación, en su caso), suscripción del acta, y comunicación telemática del resultado del acta al prestamista. Indudablemente, la ley 5/2019 ha potenciado los tratos preliminares como primera etapa de la formación del contrato, de cara a conseguir la absoluta transparencia en estos contratos, de importancia fundamental para inmensas capas de la población.

Relacionado con este tema es el abordado por la Catedrática de Derecho procesal y Académica Isabel Tapia Fernández, titulado “La nulidad de la cláusula “gastos” en los contratos de préstamo hipotecario”, acertadísima incursión de una procesalista en los temas del Derecho civil. El estudio de la cláusula “gastos” le permite pasar revista a la situación actual de las cláusulas abusivas, con amplia referencia a las sentencias tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De esta manera, van desfilando los pronunciamientos de las sentencias dictadas por los mismos, así como las Directivas que les sirven de fundamento, con relación a las cláusulas “suelo” y “vencimiento anticipado”, tratando también de la posible integración del contrato, una vez expulsadas del mismo las cláusulas abusivas. Finalmente se centra en la cláusula “gastos”, señalando la distribución de los mismos entre las partes contratantes según sea su especial índole. Antecede a todo ello un apartado dedicado a la naturaleza y regulación del contrato de préstamo hipotecario.

Por su parte, el Magistrado y Académico Carlos Gómez Martínez presenta un trabajo titulado “Diferència entre els arrendaments de temporada i els arrendaments turístics (o cessió temporal d’estades turístiques)”, cuya importancia está en consonancia con la de este segundo tipo de arrendamiento dentro de nuestro modelo turístico y de nuestra economía en general. Parte el estudio de la sesión académica celebrada en 2014 sobre la materia, que congregó una cantidad de público extraordinaria –obligando a abrir el primer piso de la sala de actos– y que contó con las ponencias de Anselmo Martínez Cañellas y Bernardo Feliu Amengual, especialistas en la materia, ponencias que se pueden ver en el Boletín número 14 de esta Real Academia. Sin embargo, se dice en el estudio, las mismas han quedado superadas por la normativa hoy vigente, dada la nueva regulación estatal por el Real Decreto Ley 7/2019 de 1 de marzo y la nueva regulación autonómica efectuada por la ley 6/2017 de 31 de julio, de modificación de la ley 8/2012 de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, y por el Decreto Ley 3/2017 de 4 de agosto. El clima social en que se dictó una y otra ley autonómica –la de 2012 y la de 2017– era absolutamente distinto; en el primer caso prevaleció la preocupación de los empresarios hoteleros que veían en el alojamiento turístico una actividad económica que podía constituir para ellos una competencia desleal, mientras que en el segundo caso existía ya un debate público motivado por la “gentrificación” y el aumento excesivo del precio de los alquileres en determinadas zonas urbanas. En el estudio se analizan profusamente el contrato de arrendamiento de temporada de la LAU y el que denomina “contracte d’hostalatge” o arrendamientos turísticos, dando una serie de pautas para distinguir uno y otro, teniéndose en cuenta, entre otros elementos distintivos, la duración del contrato y los servicios prestados por el arrendador.

Finalmente, y desde luego aquí cabe insertar la expresión inglesa “last but not least”, está el estudio de la Catedrática especialista en nuestro Derecho civil propio y Académica María Pilar Ferrer Vanrell, titulado “Notas sobre la llamada “propiedad temporal” de viviendas y su posible conexión con el “alou”. ¿Una figura jurídica a plagiar?”, en el que se hace eco de la incorporación al Libro V del Codi civil de Catalunya, por la ley catalana 19/2015 de 29 de julio, de la propiedad temporal y la propiedad compartida. En su estudio se analiza ampliamente la constitucionalidad de estas figuras jurídicas, detallando las alegaciones vertidas por las diversas partes en el recurso de inconstitucionalidad nº 2465/2016, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra determinados artículos de dicha ley, y se estudia en profundidad la sentencia que puso fin al proceso, declarando la constitucionalidad de la ley, por la conexión de las propiedades temporal y compartida con instituciones propias del Derecho civil catalán como la enfiteusis y la sustitución fideicomisaria. Tras ello, el estudio se centra en la propiedad temporal –la cual confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio hace tránsito al titular sucesivo– para analizar todos los aspectos de la misma, según la regulación catalana; y apuntar, agudamente, su conexión con nuestro “alou”, lo que podría determinar la competencia de nuestro Parlament para abordar esta figura de la propiedad temporal, en cuanto la misma supone una flexibilización de las vías de adquisición de la vivienda, al ofrecer fórmulas que permiten abaratar o minorar los costes respetando la naturaleza jurídica del derecho de propiedad.

4.2. DE TOMÁS MIR DE LA FUENTE.

Un derecho de la vivienda, con nombre y apellidos, y de contenido proteico y calidoscópico, visto desde una particular perspectiva

I. INTRODUCCIÓN

Un título así, tan largo como críptico, necesita ser explicado, sin que basten notas a pie página -de las que no quisiera abusar, pero usaré en lo que convenga- para lograrlo.

La perspectiva es arte óptica. Por ello el Diccionario de la Lengua española, entre otras acepciones, contiene las de: 5. Apreciación o representación engañosa y falaz de las cosas. 6. Punto de vista desde el cual se considera o se analiza un asunto. 7. Visión considerada en principio adecuada a la realidad, que viene favorecida por la observación ya distante, espacial o temporalmente, de cualquier hecho o fenómeno.

Esta última quiere ser mi perspectiva en este estudio, en el que subyacen, y afloran, sin duda, tres de las ideas inspiradoras de algunos de mis trabajos especulativos en la Academia. El lenguaje jurídico; las ramas del Derecho, con mayúscula inicial, y el derecho, con minúscula; y las islas, en general, y las islas Baleares en particular.

Para ver de reconducir y mitigar la creciente entropía jurídica¹, precisaremos el concepto de vivienda, para, aclarada la polisemia, seguir con los adjetivos que las leyes proyectan sobre su objeto, que -si durante siglos la vieron como casa o pieza de ella contemplada por el Derecho Civil, o, en su caso, en defensa del que la habita, por el Derecho Penal, en el siglo XX, sobre todo- interesa al Derecho Administrativo, por razones sociológicas, generadoras del llamado problema de la vivienda, por falta en las ciudades de viviendas bas-

1. Denunciada -en referencia a las leyes de la termodinámica, según las que la degradación del orden de un sistema conduce fatalmente al caos, que propicia el nacimiento de otro nuevo- por José Luis VILLAR PALASÍ y José Luis VILLAR ESCURRA, en *El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro Derecho* Tomo I págs. 94 y ss. De la obra *La protección jurídica del ciudadano* (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. Civitas. Madrid 1993.

tantes para los que a ella llegan desde el campo y la emigración, que hay que construir y mantener, con técnicas de policía, fomento y prestación, a través de infinidad de normas que, en España, son estatales y luego de las comunidades autónomas. Tantas, que cabe concebirlas -si no fuera que difícilmente pueden reducirse a unidad- como una rama nueva del Derecho. Rama meramente informativa, a lo sumo. Como el Derecho agrario o el energético, acumulativos de cuantas normas regulan en cualquier aspecto la materia respectiva. En este sentido, el Boletín Oficial del Estado, entre sus Códigos electrónicos, tiene su Código de la Vivienda del Estado y otros tantos Códigos de la Vivienda de Cataluña y las demás Comunidades Autónomas, incluido el de las Illes Balears. Que no son tales Códigos, sino recopilaciones más o menos organizadas, huérfanas de cohesión y principios. Como sí tienen las partes de las Ramas del Derecho acrisoladas, del Derecho Civil, por ejemplo, como el Derecho Hipotecario, o del Derecho Administrativo, como el Urbanístico.

El objeto de nuestro estudio en perspectiva no es el derecho a la vivienda, sino el Derecho de la vivienda. No el derecho subjetivo, proclamado, aparentemente como público, en el artículo 47 de la Constitución Española -de disfrutar de una vivienda digna y adecuada que los poderes públicos harán efectivo promoviendo las condiciones necesarias y regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación- sino el Derecho objetivo, concebido como conjunto de normas sobre la vivienda. De Derecho Público y de Derecho Privado. De Derecho Civil, Penal, Procesal, Laboral, Constitucional y, sobre todo, Derecho Administrativo y aun Tributario. Conjunto que permite que una visión única descubra imágenes multiplicadas, como las que se ven mirando por un caleidoscopio², razón por la que lo hemos llevado al título, como también -por la Historia del Derecho- lo proteico³, así como hablado del nombre y apellidos por el lenguaje utilizado en las normas. Que de la casa, la morada y el hogar, pasó a hablar de la vivienda, y acotándola, la familiar, la habitual, la común, la militar, la de cargo, la de apoyo logístico, y otras más, refundidas en la vivienda de protección oficial, que suma las baratas, de renta limitada, de clase media, bonificadas, subvencionadas y sociales, de inserción, dotacional, desocupada, sobreocupada, vacía, turística, de realojo, aislada, pareada, adosada, autoconstruida, libre, de alquiler, de alquiler asequible, segunda vivienda, principal, unifamiliar,

2. Según la RAE calidoscópico o calidoscópico, es lo perteneciente o relativo al caleidoscopio (del griego *kalós* bello y *skopeo* observar), que es: Tubo ennegrecido interiormente, que encierra dos o tres espejos inclinados y en un extremo dos láminas de vidrio, entre las cuales hay varios objetos de figura irregular, cuyas imágenes se ven multiplicadas simétricamente al ir volteando el tubo a la vez que se mira por el extremo opuesto.

3. Del griego *proteo*, según el RAE, para el que es lo que cambia de formas o de ideas.

plurifamiliar, higiénica o ecológica según la actuación de la Administración competente, para asegurar la digna y adecuada, contemplada en la Constitución, que en alguna Comunidad Autónoma, además ha de ser asequible económicamente y accesible sin barreras arquitectónicas.

II. CONCEPTOS Y LENGUAJE JURÍDICO EN LA HISTORIA

La primera aproximación a la problemática de la vivienda (que, antes que jurídica fue social -la falta de casas suficientes en poblaciones industriales para habitación de los trabajadores- y fue resolviéndose con políticas de fomento de la construcción de casas baratas por los particulares o, directamente, de construcción de viviendas públicas, mediante técnicas distintas de la regulación de su propiedad o su uso y disfrute, que durante siglos ocuparon al legislador civil) **es de lenguaje**. Conceptual. Porque, sin un marco conceptual claro es muy difícil legislar sobre cualquier materia y muy complejo aplicar la ley de forma razonable, tanto en la práctica, como en los Tribunales. Sin conceptos precisos legislar, ejecutar o juzgar son tareas imposibles, o, peor, confusionarias.

1. Vivienda es palabra latina. Participio de futuro del verbo *vivo, vivere*, vivir, habitar. Es construcción para habitar o vivir. Pariente de sustantivos como *domus, domicilium, habitatio, aedificatio*.

Dice el **Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española** 22ª ed. 2001 que vivienda es lugar cerrado y abierto, construido para ser habitado por personas. En la web, veo que hoy se dice: del latín vulgar: **cosas con que o en que se ha de vivir**, del latín *vivendus* “que ha de vivir”, gerundio de *vivere*. Antes, en 1903, con el Código Civil ya vigente, en la 5ª. ed. decía: Morada, habitación. Siendo edificio: obra o fábrica de casa, palacio o templo. Y casa: edificio hecho para habitar. Y domicilio: la casa o lugar donde se habita. Y habitación: la parte del edificio que se habita o está destinada a habitarse.

En el Diccionario de uso del español, de María Moliner se dice: cualquier lugar donde habitan personas o animales y, aplicado a las personas, se emplea como colectivo “el problema de la vivienda”.

En lengua catalana⁴ según se aduce -oficialmente, en la ley autonómica, bilingüe o, según se dice, con dos versiones una en catalán y otra en castellano-vivienda, es *habitatge*, del que el Diccionari del Institut d'Estudis Catalans dice: *Casa, part de la casa o pis apte per a habitar-hi* (casa, parte de la casa o piso apto para habitarlos). Como de *habitació*: *casa on s'habita i calsevol de les seves cambres* (casa donde se habita y cualquiera de sus piezas). Y de *habitaclle*: *casa on s'habita, habitació* (casa donde se habita, habitación). En la Gran Enciclopèdia Catalana, *habitatge* es: *la casa o part de la casa que hom pot habitar (tenir com a lloc ordinari de viure un determinat espai*, lo que significa: la casa o parte de la casa que se puede habitar (tener como lugar ordinario de vivir un determinado espacio), y también: *Be econòmic, de consum durador i de primera necessitat, hon en pot definir la qualitat (equipament, tipus de construcció), la forma (individual, col·lectiu) i el règim jurídic de fruició (lloguer, propietat, etc.)*, lo que significa: Bien económico, de consumo duradero y de primera necesidad, del que se puede definir la calidad (equipamiento, tipo de construcción), la forma (individual, colectivo) y el régimen jurídico de su disfrute (alquiler, propiedad, etc.).

En el Diccionari castellà-català de Francesc de B. Moll, del año 1978, se traduce vivienda por: *estatge, habitatge, vivenda*. Antes, en 1965 en su Vocabulari Mallorquí-castellà, incluyó ya *vivenda*, como vivienda, *habitatge* como habitación y *habitació* como habitación.

2. Si en el Diccionario de la lengua española, desde sus primeras ediciones, se habla de vivienda, no sucede lo mismo con los Diccionarios Jurídicos.

Así, en el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche 3^a ed. -de 1847, o sea, antes del Código Civil y desde luego la primera Ley de Arrendamientos Urbanos- no aparece. Sí, el término casa, como edificio hecho para habitar, diciendo “Cualquiera que quiera labrar en terreno suyo casa u otro edificio y levantarla cuanto quisiere, con tal de que no descubra mucho las casas de sus vecinos, aunque les disminuya la luz y les impida las vistas. Una vez fabricada la casa en villa o lugar poblado, debe su dueño mantenerla y repararla de modo que no se arruine por su culpa” ley 25. tit.32. part.3. Y también edificio, como “toda obra o fábrica de casa, palacio, templo u otra cosa, ya se haya construido de piedra o de ladrillo, ya de tierra, madera o cualquier otra materia”, recogiendo preceptos varios sobre su régimen jurídico, entre otros relacionados con los diferentes altos o pisos pertenecientes a diversos propietarios, respecto de los que se contempla que el dueño de cada piso tiene a su cargo la conserva-

4. La perspectiva balear, de este estudio, me obliga a referirme a ella, como al Derecho de la Vivienda de las Illes Balears y no a otras lenguas españolas y Derechos autonómicos, sin perjuicio de que lo haga.

ción y reparación del suelo o pavimento de su **vivienda**, así como se refiere al dueño del piso que está debajo y al de la **vivienda** superior. También se interesa jurídicamente de la habitación, como derecho a habitar o morar en casa ajena sin pagar nada, distinto de los de uso y usufructo. Recogiendo la ley 27. tit.51.part.3.

Habla del domicilio. Como lugar donde uno se halla establecido y averciado, con su *mujer* e hijos y lugar donde uno habita solamente algunas temporadas, según las ocurrencias que se ofrezcan, aunque tenga allí casa y algunos bienes raíces. Transcribiendo textos de L.7 C. de inol, 27 D. ad municipi.

También dice que domicilio se compone de las dos voces latinas *domus* y *colo*, a causa de que *domum colere* significa habitar una casa. Para concluir que dos son las cosas que establecen el domicilio, a saber, la habitación real en un paraje y el ánimo de permanecer en él.

Se refiere a la morada, no en la ed. de 1847, donde no lo hace, ni a propósito del allanamiento (donde se describe, en la nota 9 tit. 30. lib.4 de la Nov. Recopilación, como acto de penetrar con violencia manifiesta en casa o edificio ajeno), sino en el suplemento de 1851, donde aparece el delito de allanamiento de morada de los artículos 404 a 406 del Código Penal, referido al que entrare en morada ajena contra la voluntad del morador, pero inaplicables al que lo haga para evitar un mal grave en sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo haga para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia.

En los más modernos y últimos diccionarios Jurídicos se habla de la vivienda. Pero no en todos.

Como sucede con el **Diccionario Jurídico de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España**, dirigido por Alfredo Montoya Melgar, del año 2016, y por lo tanto posterior a todos los Códigos, que la silencia, por más que recoja expresiones que la incluyen, como son:

Vivienda de protección oficial. Aquélla cuya construcción se ha beneficiado de ayudas públicas, por lo que sus precios de venta están legalmente tasados.

Vivienda familiar. Residencia en la que tiene su ubicación la **morada** de una familia, y cuyo régimen jurídico se encuentra supeditado a esta circunstancia con total independencia de la titularidad de la misma. Así, una vivienda puede pertenecer al patrimonio privativo de uno de los esposos,

pero que, por ser vivienda familiar, no puede ser transmitida a tercero sin consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial (artículo 1320 del Código civil).

Vivienda habitual (D^o Trib.) De conformidad con la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 22 de *diciembre* de 1986, se considera vivienda habitual *aquél edificio o parte del mismo destinado a **habitación o morada** de una persona física o de una familia, constituyendo su hogar o sede de su vida doméstica*. El concepto de vivienda habitual ha tenido un juego preferente en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas mientras se mantuvo la deducción por adquisición de vivienda habitual, que se definía como la edificación que constituyera la residencia del contribuyente durante un plazo continuado de, al menos, tres años. La consideración de vivienda habitual exigía la utilización efectiva y el carácter permanente.

En el ámbito tributario la vivienda habitual tiene una consideración especial, tal vez por el reconocimiento del artículo 47 de la Constitución del derecho a una vivienda digna. Y, aunque haya desaparecido la deducción por vivienda habitual, su régimen jurídico-tributario sigue siendo beneficioso. Así, por ejemplo, el artículo 85 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, excluye la vivienda habitual del régimen de imputación de rentas inmobiliarias; y el artículo 25.2 de la Ley 29/ 1987, de 18 de diciembre del Impuesto sobre Sucesiones reconoce una reducción del 95 por ciento en la base imponible correspondiente a una adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual de la persona fallecida por determinados herederos. Todo ello, además de los incentivos fiscales que las Comunidades Autónomas reconocen a la vivienda habitual dentro de sus competencias tributarias.

Derecho a la vivienda. (Vid. Derechos de prestación; Principios rectores de la política social y económica). A partir de su inclusión en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), los textos constitucionales comenzaron a brindar cierta protección a la vivienda habitual. Así, la Constitución reconoce a todos los españoles el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47), aunque, como todos los contenidos en el Capítulo Tercero del Título I, sólo genera derechos subjetivos directamente aplicables ante la jurisdicción ordinaria de conformidad con las leyes que lo desarrollen (art. 53.3). En la medida en que ostentan la competencia exclusiva en materia de vivienda, son, en primer término, las CCAA las llamadas inmediatamente a satisfacer este derecho. Sin embargo, con base en títulos competenciales transversales, como los contenidos en el art. 149.1.1^a y 13^a CE, el Estado ha venido desarrollando una importante acción de fomento en este ámbito (SSTC 152/1988y 56/1995).

En el **Diccionario del español jurídico** -que no es un diccionario jurídico sino lexicológico-, coordinado por un jurista como Santiago Muñoz Machado, para la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial, recoge:

Vivienda. 1. *Gral.* Morada, habitación. 2. *Gral.* Género de vida o modo de vivir. 3. *Adm.* Edificación, o departamento independiente dentro de ella, junto con los espacios y servicios comunes del inmueble en que está situada y los anexos vinculados, susceptible de aportar a las personas que residan en ella el espacio, las instalaciones y demás medios materiales precisos para satisfacer sus necesidades de habitación.

Vivienda de protección oficial. Vivienda protegida.

Vivienda dotacional. *Adm.* Vivienda edificada sobre suelo dotacional público para atender, normalmente de forma temporal o provisional, las necesidades de habitación de personas que se encuentran en una situación de necesidad.

Vivienda habitual. *Gral.* Vivienda utilizada de forma efectiva y continuada o estable. En caso de disfrutar una persona de varias viviendas, se tiene por tal aquella en la que resida más de la mitad del año⁵.

Vivienda libre. *Gral.* Vivienda que puede ser libremente negociada en el mercado, porque no es objeto de ningún régimen de protección oficial o pública.

Vivienda protegida. *Adm.* Vivienda cuyas características técnicas, posibles usuarios y precio máximo de acceso a su uso y disfrute están limitados por una regulación especial, habitualmente completada con el beneficio de subvenciones, ayudas y beneficios fiscales, para favorecer la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Vivienda secundaria. *Adm. y Fin.* Vivienda utilizada de manera temporal e intermitente.

Vivienda social. *Adm.* Vivienda que cumple una función social de habitación habitual y permanente de personas en una situación de necesidad.

5. Para la RAE habitual es lo que se hace, padece, posee (o frecuente) con continuación y hábito.

Vivienda turística. *Adm. y Civ.* Vivienda cuyo uso cede el propietario a un tercero para estancias de temporada o más breves normalmente incluyendo muebles y servicios como la limpieza periódica.

Vivienda unifamiliar. *Adm.* Vivienda que ocupa un edificio entero.

3. ¿Qué ha sucedido para que en la literatura especializada de los Diccionarios Jurídicos se haya pasado del silencio, del *Razonado de legislación y jurisprudencia* de Joaquín Escriche, a la verborrea en materia de vivienda, de los *Jurídico* y *del español jurídico* avalados por las Reales Academias Española y de Jurisprudencia y legislación?

Sobre todo han pasado 170 años, y ha habido mucha legislación. Y, en cualquier caso, cambio en la realidad social del tiempo en que se produjo.

En 1945, a medio camino, León Medina y Manuel Marañón, en sus exitosas Leyes de España, concretamente en las Administrativas, decían:

La moderna legislación española relativa a la vivienda, tiene estas cuatro manifestaciones presididas por una finalidad común que consiste en la protección de los intereses colectivos ligados a su utilización:

1°. Desenvolvimiento y modificación, en tutela y defensa de los arrendatarios, de los arcaicos preceptos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, que regulan el arrendamiento de fincas urbanas.

2°. Determinación de las condiciones de habitabilidad de las viviendas y establecimiento de las garantías precisas para su cumplimiento.

3°. Estímulo indirecto de la actividad individual dirigida a la construcción de edificios urbanos destinados al arrendamiento.

4°. Fomento directo de esta misma actividad y organización, en relación con ella, de un servicio público positivo, que se extiende además, con intención primordial, y sirviéndose como instrumento de la cooperación, a la construcción de casas que han de llegar a ser de la propiedad de los constructores.

El logro de la primera de estas cuatro actividades ha sido atribuida exclusivamente al Estado; en la consecución de las otras tres colaboran con él los Ayuntamientos; la que consiste en estimular *indirectamente* la iniciativa particular, encauzándola hacia la construcción de edificios urbanos

destinados al arrendamiento, tiene carácter predominantemente fiscal y se manifiesta en el establecimiento de regímenes tributarios excepcionales tendentes a dar efectividad a este propósito; la que se endereza a estimular *directamente* la actividad individual, impulsándola a construir viviendas de determinadas condiciones, tiene naturaleza social considerada no ya sólo en sentido amplio, sino también en sentido estricto, en cuanto forma parte de la legislación tutelar de los intereses obreros, a la que se da por antonomasia este calificativo.

La consideración sintética de estas directrices fundamentales de la legislación española en materia de la vivienda, bastará para persuadir de que ha de estar dispersa entre los diferentes Tomos que constituyen la Biblioteca Manual de Derecho de Medina y Marañón. Las disposiciones relativas a la regulación del contrato de arrendamiento de fincas urbanas y a sus consecuencias procesales (juicio de desahucio), están incluidas en el de las Leyes Civiles; las que atañen al régimen fiscal de la propiedad urbana estimulante de la construcción y a la acción de los Ayuntamientos se incluirán respectivamente en los tomos de Leyes de Hacienda y Leyes Locales; las que se refieren al ejercicio de la actividad social de la Administración en orden a la vivienda se han incluido en el volumen de Leyes Sociales, en lo que hace referencia a la organización, en el capítulo sobre el Instituto de la Vivienda, y en lo que afecta a vivienda obrera y viviendas protegidas. Por ello, en el tomo de las Leyes Administrativas⁶ se han debido de incluir no solo las relativas a las condiciones de habitabilidad sino las de fomento no incluidas en el de las Leyes Sociales, por más que, en nuevas ediciones, se incluirán todas, porque las disposiciones sobre viviendas protegidas van más allá de la vivienda obrera, y se refieren a una actividad más amplia y ambiciosa de la actividad administrativa.⁷

Antes, apenas hubo legislación de la vivienda, porque no se había planteado aún el problema de la vivienda.

4. Empezando con el **Código Civil de 1889** (que la Constitución de Cádiz, en su artículo 258, vaticinó único para toda la Monarquía, como los demás, criminal y de comercio), que nunca pensó en otra cosa que en la casa (que se adquiere por accesión por edificación y, como inmueble urbano, se puede

6. En el Libro IV Acción Administrativa especial: 7. Vivienda urbana y rural: A) Habitabilidad, y B) Fomento de las construcciones y para justificar la dispersión de la legislación sobre vivienda, en los seis tomos de su Biblioteca Manual de Derecho (Leyes Civiles, Leyes Penales, Leyes Sociales, Leyes Administrativas, Leyes de Hacienda y Leyes Locales).

7. Apoyaban el aserto en nota a pie de nota, aludiendo a la Ley de 25 de noviembre de 1944 y Ordenes de desarrollo de protección del fomento de la construcción de viviendas para la llamada clase media.

arrendar) y en la habitación (como objeto del derecho real en cosa ajena, junto a los derechos de uso y de usufructo). Como la propia Constitución de 1812, cuyo artículo 306 dispuso que no podría ser allanada la casa de ningún español, y las Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1875, que hablan de ella, pero también del domicilio y la morada, pero no de vivienda. La Constitución de la 2ª República habla solo de la vivienda, en el artículo 26.5.3ª sobre las órdenes religiosas. Aparece en el Código Civil en 1974, como **vivienda común**, en su artículo 68, y en modificaciones posteriores, sobre todo de 1981, como **vivienda habitual** del artículo 1320 y, hasta **familiar**, en el 90 B). Como la **vivienda de uso de la pareja y del ajuar de la vivienda común**, en la Compilación de Derecho Civil de Baleares en el artículo 4.3.1ª⁹⁸ modificado por la ley 7/ 2017, de 3 de agosto y artículos 5.2 b) y 12 de su Ley de parejas estables de 18/2001, de 19 de diciembre. Ninguna de las cuales son definidas, por lo que deben entenderse de acuerdo con las normas sobre interpretación y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Ley de 21 de julio de 1960 de Propiedad Horizontal, que modificó el artículo 369 del Código Civil sobre propiedad de casas por pisos, mantuvo esta palabra, a pesar de que su regulación, en virtud de la DF 1.3 de la Ley 3/2013 de 26 de junio, en el artículo 9.1 c) y d), se refiere a la vivienda.

La Ley de Arrendamientos Urbanos, desde la Ley de 31 de diciembre de 1946, de Bases y su Texto articulado de 21 de marzo de 1947⁹⁹ pasando por el Texto articulado de 1956, de la Ley de 22 de diciembre de 1955, y la Ley de 24 de diciembre de 1964, hasta la vigente de 25 de noviembre de 1994, reguló, al margen de las normas del CC sobre contrato de arrendamiento y, particularmente, de fincas rústicas y urbanas, el **de vivienda o de inquilinato**. Hoy, dispone el artículo 2.1: Se considera de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino principal sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, y el artículo 7: El arrendamiento de vivienda no perderá esta condición aunque el arrendatario no tenga en la finca su vivienda permanente, siempre que en ella habite su cónyuge no separado legalmente, o de hecho, o sus hijos dependientes.

Los trabajadores asalariados -que, en el Código Civil, como los criados domésticos o de labranza, menestrales y artesanos, eran arrendatarios de servicio, al ser despedidos podían ser desposeídos de la herramienta y **edificios**

8. El párrafo 3º se refiere al “carácter de la vivienda”.

9. El artículo 1, a contrario, por oposición al de negocio, la describía como edificación habitable cuyo destino primordial es la vivienda. Y la distinguía de la casa-habitación en fincas cuyo aprovechamiento principal fuera la explotación del predio, cuyo arrendamiento se atemperaría a lo dispuesto en la legislación sobre arrendamientos rústicos. Refiriéndose a las viviendas amuebladas.

que ocuparan por razón del cargo- vieron cómo, en el artículo 38 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, apareciera la casa-habitación como salario en especie, y en el Estatuto de los Trabajadores Ley 8/1980 de 10 de marzo, la vivienda cupiera dentro del salario, como percepción económica en especie (de no podría superar el 30% de las percepciones), de acuerdo con el artículo 26, que, en 1980, añadió la posibilidad de, mediante negociación colectiva o contrato individual, estructurar el salario incluyendo bienes, derechos o servicios susceptibles de valoración en términos monetarios, como la utilización de **vivienda por razón de cargo o la condición de empleado público o privado**, a que se refiere el RDL 2/2015 de 23 de octubre sobre el Texto Refundido.

La **LEC de 1881**, en el juicio de desahucio, habla en el artículo 1596, sobre ejecución de la sentencia, de la **casa-habitación** que habiten el demandado o su familia, para fijar en 8 días el término del apercibimiento de lanzamiento o desalojo. Al desaparecer este juicio de la LEC de 2000, ni en el juicio verbal, por el que se ventila el desahucio y los interdictos, también desaparecido, se habla de vivienda. Ha tenido que ser la Ley 5/2018, de 11 de junio, en relación con la ocupación ilegal de viviendas, la que ha incorporado la palabra a los artículos 150.4, 437.3 bis, 441.1 bis y 444.1 bis., de la que se habla ampliamente en el Preámbulo¹⁰ y también en la Disposición Adicional

Siguiendo con el **Código Penal de 1870**, que se refiere a la morada, cuando regula la legítima defensa y las circunstancias agravantes, al tratar del robo contempló como agravante que se verifique en **casa habitada** o alguna de sus dependencias, diciendo, en el artículo 508, que se considera casa habitada todo albergue que constituya la morada de una o más personas, aunque se encuentren accidentalmente ausentes de ella cuando el robo tuviere lugar. Lo mismo hizo el de 1928. Hablándose de la vivienda en el de 1973, que, en el artículo 129.1 contempló como agravante del delito de estafa la comisión alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, **vivienda** u otros bienes de reconocida utilidad social, en el 541 impone en grado máximo la pena del delito de maquinación para alterar el precio de las cosas, cuando, cualquiera que fuera la forma de determinar el precio las conductas prevista en él recayeran sobre sustancias alimenticias, medicamentos, **viviendas** u otros objetos de primera necesidad. El Código Penal de 1995, aparte del delito de allanamiento de morada, en el artículo

10. Se dice, en un párrafo que “la ocupación ilegal, esto es, la ocupación ni consentida ni tolerada, no es título de acceso a la posesión de una **vivienda** ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna” y, en otro, que la modificación “adecúa y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la **ocupada ilegalmente**”, y en la Disposición adicional 2 se alude al **parque de viviendas sociales** disponibles para atender a personas o familias en riesgo de exclusión.

245, como usurpación, en su nº 2 castiga al que ocupe, sin autorización debida, inmueble, **vivienda** o edificio ajenos que no constituyan morada.

La **LECr de 1882** -que, al regular la entrada y registro en lugar cerrado, dijo, en su artículo 554. 2º, que se reputaba domicilio, a los efectos de los artículos anteriores, el edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España- de la vivienda solo habló mucho después, cuando, a raíz de la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, modificó el artículo 544 ter. 7., estableciendo, entre las medidas cautelares de naturaleza civil, la atribución del uso y disfrute de la **vivienda familiar**.

5. La primera ley que vislumbró el llamado problema de la vivienda, fue la Ley de 13 de junio de 1911 que creó la Junta de fomento y mejora de habitaciones baratas, y se llamó de **Casas Baratas**, entendiéndose por tales las construidas o que se intenten construir por los particulares o colectividades para alojamiento exclusivo de cuantos perciban emolumentos modestos como remuneración del trabajo.

Ejercitando la competencia exclusiva del **Estado español** sobre legislación social del artículo 15.1ª de la Constitución de 1931, y contra el paro, se aprobó por la República la Ley de 25 de junio de 1935 de **Viviendas de alquiler para la clase media**. También conocida por Ley Salmón, que sobrevivió la República. A la que siguieron, terminada la Guerra civil, los artículos 15 y 31 del Fuero de los Españoles y el punto XII.2 de la Ley de Principios del Movimiento Nacional que hablaron del domicilio inviolable y el acceso a la propiedad del hogar familiar.¹¹ Produjo una prolija legislación, sobre cuyos principios, ya hablamos (cuando explicamos -a propósito de Las Leyes Administrativas de Medida y Marañón- su confesada dificultad de ubicación en su plan en los distintos Tomos de Leyes Civiles, Sociales, Administrativas y de Hacienda). Que acusan el paso de la casa, a la casa-habitación y a la vivienda, necesitada de una promoción, que fuera más allá de la propiedad, su uso y aprovechamiento, su higiene, su conservación. Que se multiplicara, sobre todo y localizara en el territorio, previamente ordenado, con el planeamiento urbanístico. Con una acción administrativa creciente.

11. María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, comentando en artículo 70 del Código civil, sobre el domicilio conyugal, en Comentario al Código civil, del Ministerio de Justicia, 1991 loc. cit. págs. 322 y 323, y delimitando este concepto de otros, como la vivienda familiar, el domicilio familiar y el hogar familiar, dice de éste último -que es expresión, más social que jurídica- que no es algo distinto del domicilio sino una manera (desafortunada) de llamarlo, que carece de trascendencia, pues hogar se refiere tanto al domicilio conyugal y/o familiar como a la vivienda familiar, el espacio físico como a la localización del matrimonio

Para enlazar con la situación de tránsito de lo patrimonial a lo social, que reflejaba la cita de Las Leyes “del Medina y Marañón”, me serviré de algunos luminosos párrafos del Tomo II del Derecho Administrativo Especial. Zaragoza. 1965, págs. 211 y siguientes, de Aurelio Guaita Martorell, que señala la dirección de la política, sobre todo del Estado, en la materia, ya de vivienda. Todo lo que diré, en mi exposición, con o sin entrecomillar, hasta que llegue a la Constitución, está allí.

La acción administrativa en materia de vivienda, decía, es tan vieja como la propia Administración Pública, pero, por regla general y hasta el siglo XX, era meramente policial, por razones de sanidad, seguridad (solidez y ruina) y urbanismo (alineación, altura máxima o mínima de los edificios), pero no existía propiamente un *problema de la vivienda*. Ya, a principios de siglo, y rápidamente en forma muy acusada, las construcciones no han crecido al ritmo conveniente y necesario: las causas de este fenómeno han sido muy variadas, en todo caso, el hecho es casi universal, el de la falta de viviendas, lo que, unido a su carácter de verdadera necesidad primaria, ha llevado a desarrollar una enérgica y vasta actividad con el objeto de suprimir o al menos aminorar el actual déficit de viviendas, y no solamente esto, sino que el verdadero *desiderátum* confesado es que el Estado facilite a todos los españoles el acceso a la propiedad de hogar familiar; no sólo viviendas en número suficiente, sino viviendas en propiedad de sus moradores.

Inicialmente la política de fomento se encomendó al Ministerio de la Gobernación, asesorado por el Instituto de Reformas Sociales, luego al Ministerio de Trabajo y más tarde al Instituto Nacional de la Vivienda, creado en 1939 por transformación de Patronato de Política Social Inmobiliaria, nacido en 1931 y convertido en Junta Administrativa Nacional de Casas Baratas y Económicas. En 1957 se creó el Ministerio de la Vivienda. Mucho tiempo, cuando los Ministerios se creaban por ley, fue “el -lo dice Guaita Martorell- benjamín” de los Ministerios. Desapareció en 1977. Después de la Constitución renació y volvió a desaparecer, como un Gadiana. Hoy no lo hay, hubo, hasta hace poco, una Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transportes y Vivienda, suprimida por el RD 2/2020 de 12 de enero, que atribuye al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, las residuales competencias estatales sobre vivienda, calidad de la edificación y suelo. La Comunidad Autónoma de las Illes Balears tiene hoy día una *Consejería* de Movilidad y Vivienda.

Se ensayaron diversas fórmulas para fomentar la construcción por los propios interesados y los particulares, por empresas obligadas (industria-

les o mercantiles en determinadas formas y censo de 50 trabajadores en número de un quinto de la plantilla), y subsidiariamente por el propio Instituto Nacional de la Vivienda, o, en su caso, la Obra Sindical del Hogar¹².

Dice Guaita Martorell, sobre tal fomento, que la política de la vivienda empezó quizás sin muy amplios vuelos, pero en tiempo relativamente breve se han ensayado diversas fórmulas “hasta agotar los adjetivos que, para estos casos, puede proporcionar la lengua castellana, pues se han dictado leyes sobre casas o **viviendas baratas, económicas, protegidas, bonificables, de renta limitada, de tipo social y subvencionadas**”. Acabando como **viviendas de protección oficial**, todas las que, dentro de un Plan de la Vivienda y de los programas de actuación, se construyan con arreglo a proyecto que el Instituto Nacional de la Vivienda apruebe, por concurrir las condiciones¹³ que se señalen en este Reglamento de 24 de julio de 1968, para la aplicación de la Ley de VPO Texto Refundido de 24 de julio de 1963 y 3 de diciembre de 1964, y en la correspondientes ordenanzas.

La técnica de la acción de policía siguió, en relación, con la habitabilidad, cuya cédula¹⁴ expedía la Fiscalía de la Vivienda, creada en 1936, como órgano de la Administración del Estado que, según el Decreto de 23 de noviembre de 1940, tiene la misión de velar por las condiciones de salubridad e higiene de la morada humana. Así, por Orden de 29 de febrero de 1944, toda vivienda familiar se compondrá como mínimo, de cocina-comedor, dormitorio de dos camas y un retrete, habiendo de tenerse siempre en cuenta la relación entre la capacidad de la vivienda y el número de sus moradores.

Pero la intervención podía ir a más. Hasta la imposición de la obligación de construir, de la que hablamos ya, de las empresas de más de 50 trabajadores, y la de arrendar (prorrogar o subrogar) o la de derribar las ruinosas e incluso la expropiación forzosa, por incumplimiento de la función social de la propiedad, prevista en la Ley de 1954 de Expropiación Forzosa.

La técnica de la prestación hizo posibles los Patronatos de Casas Militares

12. Ordenes de 1 y 12 de julio y 5 de noviembre de 1955 y 22 de julio de 1956, y Decretos de 1 de julio de 1955 y 6 de noviembre de 1961.

13. Por ejemplo, en 1978, se definían como: destinadas a domicilio habitual y permanente, debiendo tener una superficie útil máxima de 90 m², cumplir los requisitos exigidos en el RD. 3148/1978 de 10 de noviembre y disposiciones que lo desarrollen, ser calificada como tal por el Estado, a través del MOPU (el de la Vivienda desapareció en 1977) o por los otros entes públicos territoriales a los que se atribuya esta competencia. Que han acabado siendo las Comunidades Autónomas.

14. Según la Orden de 16 de septiembre de 1943: todo propietario viene obligado a la adquisición de la cédula como trámite para ofrecer al alquiler de la vivienda relación de continuidad.

o de Funcionarios de algunos Ministerios y las viviendas de cargo o **de apoyo logístico** y las **universitarias**.

III. DERECHO DE LA VIVIENDA HOY

La torre de Babel y la multiplicación de los adjetivos, que ni Guaita Martorell hubiera podido imaginarse, se ha fortalecido tras la Constitución de 1978, con la atribución a las Comunidades Autónomas de la competencia exclusiva en materia de vivienda.

En la Constitución aparece la vivienda de dos maneras: Una, proclamando, como principio rector de la política social y económica, el *derecho* del artículo 47, *de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*, que los poderes públicos harán efectivo promoviendo las condiciones necesarias y regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (aparte del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, del artículo 18.2); y otra, contemplando el artículo 148.1, 3ª la posibilidad de la asunción por las Comunidades autónomas de competencias en **materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda**. Como la asumida por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en el artículo 10.3 de su Estatuto de Autonomía, que, hoy, desde 2007, mantiene el artículo 30.3, que califica -como el texto de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero 1983- de exclusiva, añadiendo el texto de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero *sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1*, que, por otra parte, en su artículo 22¹⁵, reafirma, para *los ciudadanos de les Illes Balears, el derecho* (constitucional, no fundamental) de¹⁶ **acceso a una vivienda digna**, que las administraciones públicas de las Illes Balears garantizan, y que no se recogió en el primer texto¹⁷. De forma parecida al artículo 28 del reformado Estatuto de Cataluña, rubricado Derechos en el ámbito de la vivienda, que establece que las personas que no disponen de los recursos suficientes tienen **derecho a acceder a una vivienda digna**, para lo cual los poderes públicos deben

15. Las administraciones públicas de las Illes Balears garantizan el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos de las Illes Balears. Por ley se regularán las ayudas para promover ese derecho, especialmente en favor de los jóvenes, de las personas sin medios, de las mujeres maltratadas, de las personas dependientes y de aquellas otras en cuyo caso estén justificadas las ayudas.

16. En el texto en castellano publicado en el BOE nº 52 de 1 de marzo de 2007 reza Derecho de acceso, en la rúbrica y el cuerpo, mientras que en el BOIB nº 32 ext. de 1 de marzo de 2007 el texto en la lengua catalana, en la rúbrica, dice *Dret a l'accés* y, en el cuerpo, *dret d'accès*.

17. Mariano SOCÍAS MORELL comenta, a fondo, el artículo 22 del Estatuto reformado *Dret a l'accès a un habitatge digne* en las págs. 235 a 254 de *Comentaris a l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears* (Dir. Avel·lí BLASCOS ESTEVE). Thomson Civitas 2008.

establecer por ley, un sistema de medidas que garantice este derecho, en las condiciones que la ley determine.

El propio Estatuto de las Illes Balears, después de 2007, dispone, en su artículo 70, que son competencias propias de los Consejos Insulares, además de las que les sean atribuidas por la legislación estatal, las materias siguientes: 1. Urbanismo y habitabilidad¹⁸.

La competencia exclusiva autonómica lo es en materia de vivienda, a secas, lo que no impide que el Estado la tenga también exclusiva *ex* artículo 149. 1, 8^a, 11^a, 13^a y 18^a, en las materias de igualdad de todos los españoles, legislación civil (sin perjuicio de los derechos civiles forales o especiales), bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (que es donde se enmarca su competencia residual en la materia de vivienda), ordenación del crédito, régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común.

Desde entonces han legislado en materia de vivienda el Estado y todas las Comunidades Autónomas. Algunas de las cuales, como hace poco la de las Illes Balears, han promulgado leyes de la Vivienda, en nuestro caso la ley 5/2018, de 19 de junio, con la ambiciosa voluntad, según su exposición de Motivos, de establecer un marco legal adecuado capaz de dar un paso adelante en la incorporación de la política pública de vivienda en la agenda política de las Illes Balears, urgida por “la denominada situación de emergencia de vivienda” por la que muchas personas y familias que disfrutaban de una vivienda han dejado de tenerla, como consecuencia del desmesurado precio de los alquileres (consecuencia directa de la especulación inmobiliaria, la falta de implicación de la Administración de la Comunidad Autónoma en la ampliación del parque público de vivienda y la disminución de los ingresos de las familias). Algunas otras, como es el caso de la Comunidad Valenciana ya en 2004 y de Cataluña en 2007, antes o en lugar de elaborar una Ley de la Vivienda, promulgaron su Ley del derecho a la vivienda.

18. El Estatuto de 1983, en el artículo 38, dispuso: Los Consejos Insulares, además de las competencias que les corresponden como Corporaciones Locales, tendrán la facultad de asumir en su ámbito territorial la función ejecutiva y la gestión en la medida que la Comunidad Autónoma asuma competencias sobre las mismas, de acuerdo con el presente Estatuto, en las siguientes materias: 8. Ordenación del territorio, urbanismo, vivienda, medio ambiente y ecología.

A su amparo dictó la Comunidad Autónoma la ley 9/1990, de 20 de junio de atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de urbanismo y habitabilidad y el Decreto 145/1997, de 21 de noviembre que regula las condiciones de dimensión, higiene e instalaciones para el diseño y habitabilidad de viviendas y expedición de cédulas de habitabilidad.

Tomás-Ramón Fernández¹⁹ dice que Cataluña inauguró una nueva etapa, al incluir un catálogo completo derechos, con la pretensión de fundamentales... *que ha quedado en nada*, pues las SSTC, de 12 de diciembre de 2007 sobre el Estatuto valenciano, y de 28 de junio de 2010 sobre el catalán²⁰, no han tenido más remedio que decir que una norma *subconstitucional* no puede crear derechos fundamentales para una parte solamente de los españoles, y que, por lo tanto, estos derechos de creación estatutaria no tienen otro valor que el de meras directrices para el ejercicio de las competencias autonómicas. Dando lugar a una tercera ola estatutaria, pues la demora de la respuesta del TC propició el *contagio*, con los nuevos Estatutos de la Comunidad valenciana, de Andalucía, de Aragón, de Illes Balears y de Castilla y León²¹.

Bartolomé Colom Pastor²², en relación con la doctrina del TC, dice que los derechos reconocidos en el Estatuto según los FJ 16 a 28 de la STC de 28 de junio de 2010 no son fundamentales sino estatutarios, que sólo vinculan al legislador autonómico y exclusivamente al poder público catalán y están vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma... y que declara que en el Estatuto catalán, si bien hay declaraciones de derechos subjetivos *strictu sensu*, sobre todo hay mandatos al legislador y a los poderes públicos que operan como pautas para el ejercicio de las competencias autonómicas; y que, además hay principios rectores. Parte de que el Estatuto no puede declarar, desplegar ni regular derechos fundamentales, pero sí descubrir una consecuencia obligada por implícita.

Concluyendo, el epígrafe II, titulado Los derechos estatutarios y principios rectores, del Capítulo III de Los ciudadanos de las islas Baleares, afirma Colom Pastor que la gran mayoría de los derechos del catálogo, por su estructura, técnicamente no son derechos, sino valores, mandatos al legislador, principios rectores. Realmente hay pocos derechos reconocidos en el Estatuto, y, en cambio, muchos principios, mandatos a los poderes públicos, criterios, directrices, orientaciones u objetivos que están conectados a una materia atribuida a la competencia de la Comunidad Autónoma. Además, no hay ninguna garantía específica de los pocos deberes expresamente reconocidos, por lo que la reforma estatutaria no ha supuesto una ampliación considerable del *status jurídicopúblico* de los ciudadanos de las islas Baleares. Lo que significa

19. *La España de las autonomías: Un Estado débil devorado por diecisiete estaditos*. REDA n° 158. pág. 36.

20. STC 31/2010, de 26 de junio BOE suplemento n° 172 de 16 de julio de 2010.

21. Los califica *maximalistas de tercera generación*.

22. Bartomeu COLOM PASTOR, en *Manual de dret públic de les Illes Balears (dir. Avel·lí BLASCO ESTEVE)*. Institut d'Estudis Autònoms. 2012 págs. 85 y ss. La traducción es mía.

que, para adquirir plena eficacia y convertirse en derechos subjetivos, en la mayoría de los casos, habrán de ser desplegados por las leyes autonómicas. La remisión a la ley de muchos de los preceptos no hace sino recordar que el legislador autonómico habrá de regular por ley, configurar como derecho y fijar las garantías de lo que el Estado ha caracterizado como derechos *y no lo son en realidad*.

La **Ley 5/2018, de 19 de junio de la Vivienda de las Illes Balears**²³ contribuye al enriquecimiento del lenguaje en materia de vivienda, como otras Comunidades Autónomas, que incluyen en su Ley hasta un glosario, cuando no dan definiciones o un concepto, como un libro de instrucciones para el usuario. Lo hace de la siguiente manera:

a) Refiriéndose en su Exposición de Motivos -como formas alternativas de vivienda: para la población envejecida pero con muchos años más de vida autónoma- a las **viviendas tuteladas** con espacios y/o servicios comunes.

b) Hablando en su artículo 1, como objeto de la Ley, para hacer efectivo el derecho a una **vivienda digna, adecuada y asequible** (que en el artículo 2 m, además es **accesible**) reconocido por la Constitución española y el Estatuto de Autonomía, de acuerdo con los estándares del derecho internacional de derechos humanos.

c) Dando, en su artículo 4, hasta 21 definiciones, a sus efectos²⁴, de los que ahora nos importan:

Vivienda: Cualquier edificación permanente habitable destinada a residencia de las personas físicas, siempre que se acredite el cumplimiento de sus condiciones de habitabilidad exigidas por la normativa aplicable²⁵.

23. En el n° 17 de la RJIB Mariángeles BERROCAL VELA, la ha estudiado en su comentario *La función social de la propiedad en la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears*. Págs. 201 y ss.

24. Sólo en lo que la Ley pueda ser punitiva, sancionadora, intervencionista o restrictiva, sería necesario. Por más que pueda ser útil. Utilidad que filosóficamente, se puede discutir. Así Juan Ramón CAPELLA, en *Notas sobre la definición legal* Revista de Filosofía del Derecho n° 10 1962, págs. 37 a 50, concluía: la presencia de definiciones en la ley, de la misma manera que puede hacer más exacto el lenguaje, también puede oscurecerlo, y, en cualquier caso, dice, con A. ROSS (*Définition in legal language, in "Logique et Analyse" 1958 págs. 139 y ss.*), impide la discrecionalidad del juez. Y, decimos nosotros, no evitará que, si deviene su aplicación conflictiva, el juzgador pueda interpretarla sociológicamente, contrastando su significado originario (incluso del presentado por el legislador como interpretación auténtica) y el "actual" y, tal contraste le puede, como dice José María PABÓN DE ACUÑA, en *La interpretación según "la realidad social" del artículo 3 del Código Civil*, Ediciones Revista General de Derecho Valencia 1999, págs. 289 y ss., merecer una tacha de vejez, ser simplemente inaplicada o serlo contra su propio sentido.

25. La Ley 18/2007, de 28 de diciembre de la C.A. de Cataluña, del derecho a la vivienda, la define, en

Vivienda principal: Es la vivienda que consta como domicilio habitual y permanente de una persona, familia o unidad de convivencia en el padrón municipal.

Vivienda adecuada: Es la vivienda que, por su tamaño, ubicación y características, resulta apropiada para que resida allí una persona, familia o unidad de convivencia concreta.²⁶

Vivienda desocupada: Es la vivienda que permanezca desocupada de manera continuada durante un tiempo superior a dos años, sin ninguna causa que justifique su desocupación, según establece esta ley y su normativa de desarrollo²⁷.

su artículo 3, como: Toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada a este fin, incluidos los espacios y servicios comunes del inmueble en que esté situada y los anexos que están vinculados al mismo, si acredita el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad que fija la presente ley y la normativa que la desarrolla y cumple la función social de aportar a las personas que residan en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación.

En la Ley 8/20004, de 20 de octubre de la Vivienda de la Comunidad Valenciana la vivienda tampoco es lo mismo, sino toda edificación habitable, destinada a residencia de personas físicas y que reúna los requisitos básicos de calidad de edificación, entorno y ubicación conforme a la legislación aplicable y que sea apta para la obtención de la licencia municipal de ocupación o, en caso de viviendas protegidas o rehabilitadas públicas, la cédula de habitabilidad.

En la 8/2012 de la Vivienda de Galicia, es el espacio cerrado y compartimentado de un edificio destinado a alojamiento habitual de personas, para el desarrollo de las funciones humanas elementales, en condiciones de seguridad, habitabilidad y funcionalidad idóneas, y a ser ocupado por una persona o por una unidad familiar o de convivencia en régimen de total autonomía.

La 5/2015, de 24 de marzo de la Región de Murcia, de la Vivienda, dice es edificación habitable destinada a residencia de las personas físicas, independientemente de su titularidad jurídica, y que reúna los requisitos de calidad y diseño que se establezcan en la presente ley y su desarrollo reglamentario, así como el resto de la legislación aplicable.

En Extremadura fue, en la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la calidad, promoción y acceso a la vivienda, toda construcción ordenada a ser residencia de personas físicas. La condición de vivienda debe quedar amparada por una cédula de habitabilidad, capaz de garantizar que el inmueble reúne las condiciones de habitabilidad que reglamentariamente se establezcan, y ahora, en la Ley 11/2019, de promoción y acceso a la vivienda, edificio o parte de un edificio y sus anejos, de carácter privativo y con destino a uso residencial de personas, con una estabilidad y superficie igual o superior a la establecida como mínima por la normativa reguladora sobre las condiciones mínimas de habitabilidad.

26. No define la vivienda digna, de que habla el artículo 1. Ni de la asequible, aludida en el mismo artículo, por más que defina el alquiler a precio asequible, como el que no supera los máximos de los módulos de las de protección oficial. Ni de la accesible, aludida en el 2 m). Sí lo hace la 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda de Andalucía, que dispone que se entenderá vivienda digna y adecuada la que reúna, al menos, los siguientes requisitos: a) Que se trate de una edificación fija y habitable, constituyendo a efectos registrales una finca independiente; b) Que sea accesible, particularmente las destinadas a titulares con necesidades especiales; c) Que sea una vivienda de calidad, en los términos que recoge el artículo 3 (incorporar parámetros de sostenibilidad y eficiencia, como los relativos a adaptación a las condiciones climáticas, minimización de impactos ambientales, reducción del ruido, gestión adecuada de los residuos generados, ahorro y uso eficiente del agua y la energía y utilización de energías renovables).

27. En la Ley de Vivienda de la Comunidad del País Vasco, es vivienda deshabitada la que incumple su función social por encontrarse desocupada de forma continuada durante un tiempo superior a dos

Vivienda temporalmente desocupada: A efectos de establecer un marco normativo para las políticas municipales de vivienda que faciliten el alquiler anual, se considerará vivienda temporalmente desocupada a efectos municipales aquélla que lo está durante un periodo superior a seis meses.

Vivienda sobreocupada: Es la vivienda en que aloja un número de personas que excede el máximo de plazas que fija su cédula de habitabilidad.

Vivienda de realojamiento: Es la vivienda que se destina a residencia de manera transitoria por motivos de operaciones urbanísticas o de expropiación o de actuaciones de rehabilitación, renovación o regeneración urbana.

Infravivienda: Es la construcción o una parte de ésta que, aunque no tiene cédula de habitabilidad ni cumple las condiciones para obtenerla, se destina a vivienda.

Vivienda dotacional: Es la vivienda destinada a resolver la necesidad de alojamiento, tanto transitorio como de colectivos especialmente vulnerables, mediante el abono de una renta o canon. Las viviendas dotacionales se pueden situar en suelos o edificaciones, o partes de estas, destinadas a equipamientos o dotaciones de titularidad pública.

Vivienda de inserción: Es aquella vivienda gestionada por una administración pública o entidad sin ánimo de lucro para destinarse a personas que requieren una especial atención.

Vivienda de segunda residencia: Es aquella vivienda ubicada en las Illes Balears cuyo titular es una persona física, donde su propietario pase durante un año natural un periodo de tiempo inferior al que pasa en su primera residencia o residencia habitual. A los efectos de esta ley, solo se considera segunda residencia una vivienda por cada persona física.

Vivienda movilizada: Cualquier vivienda puesta a disposición de la administración como consecuencia de cualquiera de las acciones contempladas

años, sin causa alguna que pueda justificar su no utilización en los términos previstos en esta Ley. En las de derecho a la vivienda y de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda de Andalucía, de derecho a la vivienda de Navarra, de Vivienda de Canarias y de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, y en la ley de Aragón de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas de su Sistema Público de servicios sociales y en el acceso a la viviendas, es la que no esté destinada efectivamente al uso residencial previsto en el ordenamiento jurídico o por el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación. En la de Cataluña, del derecho a la vivienda, **vivienda vacía**, es la que queda desocupada permanentemente sin causa justificada, por un plazo de más de dos años.

en esta ley o en otras leyes donde se prevén mecanismos que fomentan la gestión de viviendas por parte de la administración²⁸.

d) Definiendo en otros artículos la **vivienda protegida** (art. 62) o refiriéndose, sin definirla, a la **residencial** y al parque inmobiliario residencial (art. 15).

e) Definiendo el derecho de superficie. Así: Es el derecho real limitado que atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en el suelo, en el vuelo o en el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También podrá constituirse el derecho de superficie sobre construcciones y edificaciones ya ejecutadas atribuyendo al superficiario su propiedad temporal, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo, de acuerdo con lo establecido en la normativa estatal²⁹.

IV. ESTADO Y COMUNIDAD AUTÓNOMA COMPETENTES

El glosario³⁰ es la expresión de un contenido del Derecho de la Vivienda,

28. El esfuerzo, no es original, está en la línea de las leyes de la Vivienda o del derecho a la vivienda de otras Comunidades Autónomas, más madrugadoras y nomogénicas. Incluso responde a las Recomendaciones de técnica legislativa del Consejo de Gobierno (BOIB nº 24 de 23 de febrero de 2001), anteriores a las más enjundiosas del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, entre cuyas directrices, incluyen, en I. d) Parte dispositivas: disposiciones generales, la 17ª, que, dice: Naturaleza. Las disposiciones generales son aquellas que fijan el objeto y ámbito de aplicación de la misma **así como las definiciones necesarias para una mejor comprensión de algunos de los términos en ella empleados**. Deberán figurar en los primeros artículos de la disposición **y son directamente aplicables, en cuanto forman parte de la parte dispositiva de la norma**.

29. La E. de M. invoca como título competencial el artículo 30 del Estatuto, en materia de vivienda, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, recordando la de legislación civil, aun teniendo en cuenta la reconocida para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil de las Illes Balears, sin aludir a ésta, lo que, en este punto, convenía, porque, si es evidente que ha habido siempre, y, sobre todo, en la Compilación de 1961 normas en materia de derechos reales, del derecho de superficie no se dice nada en el TR de la Compilación, y aún a la competencia exclusiva en materia de urbanismo, donde el Estado legisló, a fondo, por primera vez. Razón por la que Manuel ALBALADEJO GARCÍA *Instituciones de Derecho civil-Derecho de cosas*. Librería Bosch 1994 pág. 440 y ss. distinguió el derecho de superficie urbanístico, del derecho de superficie, como figura general, y dentro de éste la urbana de la rústica.

30. Es la palabra que usa el artículo 4 de la Ley de Vivienda de Galicia, creo que con gran tecnicismo lexicológico y acierto jurídico, porque, así como en la legislación penal, fiscal o administrativa sancionadora, donde la analogía está expresamente proscrita, son necesarios preceptos sobre los términos usados para describir el tipo o el hecho imponible, en las demás leyes cualquier definición es discutible y como cualquier otra norma, incluso las definitorias, se ha de entender con los criterios del artículo 3 del Código Civil, y los *autodefinidos*, por muy útiles que sean, puede que no sean más que un pasatiempo. Dice la RAE que glosario es catálogo de palabras oscuras o desusadas, con definición o explicación de cada una; y catálogo de palabras de otro orden. En nuestro caso vivienda no es oscura ni desusada, pero en cualquier caso más antigua que los neologismos (tecnó o sociolectos) con que las nuevas leyes la califican.

complejo y en evolución, con muchos padres, que quiere resolver el problema de la vivienda, que de nuevo se plantea, y, por decirlo con palabras de la Ley de la Vivienda de las Illes Balears, es de emergencia, por el crecimiento del precio de los alquileres, la falta de implicación de la Administración de la Comunidad autónoma en la ampliación del parque público de viviendas y la disminución de los ingresos de las familias, determinando que muchas personas y familias que disfrutaban de una vivienda han dejado de tenerla. La E. de M., dice, después de describir el contenido de los 3 primeros Títulos, que el IV es el más innovador (respecto de sus antecedentes, que, en relación con sus modelos, las leyes del derecho a la vivienda o de la Viviendas de las otras Comunidades, que han legislado antes y más, no lo es tanto), e incluye una regulación dirigida a proteger a los usuarios y adquirentes, el establecimiento de mecanismos para atender a la población con dificultades para acceder a la vivienda o mantenerse en ella y, más allá que una política de fomento, la protección del derecho a la vivienda, opta por iniciar una política de actuación ante la desocupación, consistente en *penalizar*³¹ sólo en el caso de que se encuentren en manos de los grandes tenedores, que dispongan de 10 o más y actividad en este mercado³², anunciando que es razonable imaginar que en el futuro toda vivienda desocupada pueda ser considerada una realidad inadecuada.

Este contenido, de legislación estatal y autonómica, ha multiplicado por diecisiete, al menos la legislación anterior a la Constitución. Lo que, merced a las nuevas tecnologías, no se ha traducido en voluminosos y elegantes repertorios, al estilo de los de Aranzadi, sino en **Códigos electrónicos como los del Boletín Oficial del Estado**, tan accesibles y actualizados como el Código de la Vivienda del Estado y **los de todas y cada una de las Comunidades Autónomas y Ciudades del mismo estatuto**. En los que destacan, por su designio codificador, las Leyes de la vivienda de unas y los del derecho a la vivienda de otras, que incluyen su Derecho Administrativo, sobre su actividad de policía, fomento y prestación tradicionales.

Del de las Illes Balears, único que nos concierne, hay que remitir, para conocer lo legislado o reglamentado por la CAIB, antes de 2018, a los comentarios del artículo 30.3 del Estatuto de 2007 de J. Munar

En el glosario global, además de los calificativos subrayados, la normas de otras Comunidades Autónomas describen muchas más, como **de promoción pública o privada, autoconstruidas, secundarias, con actividades económicas, de precio tasado, ecológicas** mediante bioconstrucción o bioclimatismo, **protegidas concertadas**, etc.

31. Mediante la cesión de su gestión al IBAVI por plazo mínimo de 3 años. Lo que será coactivo, pero no es sanción por infracción.

32. Que define en el artículo 4 i) con 126 palabras.

Fullana, que, en 2008³³, lamentaba la falta de una regulación específica e integral, y reconocía su conexión con el urbanismo y complementariedad de la planificación y presupuestos estatales, así como la respuesta a los trasposos en lo organizativo a través del IBAVI y la mayor importancia de la actividad de fomento, mediante ayudas y subvenciones, que la de prestación construyendo viviendas públicas. Y al citado Código electrónico del BOE, que, en lo más sustantivo, recoge, aparte de la Ley de la Vivienda de 2018, normas posteriores como el Decreto 36/2019, de 10 de mayo por el que se regulan las viviendas desocupadas, y anteriores, como la Ley 2/2009, de 19 de julio, de rehabilitación y expropiación de barrios de los municipios, el Decreto 8/2011, de 4 de febrero sobre procedimiento de adjudicación de viviendas protegidas, así como normas sobre papel de fianza para el arrendamiento, normativa técnica sobre registro de inspección de evaluación técnica de edificios, normativa sobre accesibilidad y supresión de barreras y sobre cooperativas.

Interesa señalar que toda esta legislación balear excluye la vivienda turística. Que tiene que ver con la competencia autonómica en materia de Turismo. De la que da un concepto el artículo 23 de la Ley 2/1999, de 24 de marzo General Turística de las Illes Balears, que dispone que se entiende por **vivienda turística de vacaciones** el establecimiento unifamiliar aislado en el que se presta servicio de alojamiento con un número limitado de plazas, y que dispone, por estructura y servicios, de las instalaciones adecuadas para la conservación, la elaboración y el consumo de alimentos dentro del establecimiento que utilice las vías habituales de comercialización turística o que ofrezca servicios turísticos. Disponiendo el 26 que se entiende establecimiento de turismo de interior la vivienda en que se preste servicio de alojamiento, construida con anterioridad a una fecha determinada situada en el casco antiguo de los núcleos urbanos a una distancia mínima de 500 metros de la zona turística más próxima. Este edificio ha de tener la tipología tradicional del entorno urbano en que se ubique y constituir una sola vivienda, con un número de plazas limitadas.

El artículo 11 de la Ley 2/2005, de 22 de marzo, de comercialización de estancias turísticas en viviendas, que se titula Tipología de las viviendas, dice que las viviendas objeto de estancias turísticas debe responder a la tipología de vivienda unifamiliar aislada en los siguientes términos: Se entenderá por tipología unifamiliar aislada aquella que posibilite únicamente una vivienda por parcela, en la cual ninguna de las paredes exteriores límite con una pared exterior de otra vivienda; en los casos en

33. Jaume MUNAR FULLANA *Comentaris a l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears (director Avel·lí BLASCOS ESTEVE)*. Thompson-Civitas, págs. 343 y ss.

que la vivienda linde con pared delimitadora de parcela o exista más de una vivienda por parcela, se determinará individualmente la condición de vivienda unifamiliar. En ningún caso se considerarán aisladas las viviendas independientes existentes en edificios plurifamiliares o pareados sometidas al régimen de propiedad horizontal, o los adosados entre medianeras. Y el artículo 2 del Decreto 55/2005 de 20 de mayo por el que se regulan las viviendas turísticas de vacaciones en el ámbito de la CAIB dispuso, por su parte, que lo son las unidades unifamiliares aisladas con un máximo de seis dormitorios y doce plazas que ofrezcan servicio de alojamiento, mediante precio o contraprestación económica por motivos de turismo o de vacaciones, contratados por las líneas habituales de comercialización, a través de los empresarios de viviendas turísticas de vacaciones que tengan los requisitos exigidos en este Decreto y que incluyan la prestación, como mínimo, de los servicios de limpieza, mantenimiento de piscina y, en su caso, de jardín y de instalación³⁴.

Del Código electrónico del BOE de la Vivienda del Estado sólo diremos: que consta de una Primera parte, de Normativa estatal de carácter general, con tres epígrafes, referidos; a Vivienda -que incluye la Ley sobre propiedad horizontal, la LAU, la ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, la ley de Cooperativas de 1999 y el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler-; a Patrimonio Histórico; y a Edificación y garantías para los adquirentes (que incluye la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, el TR de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, la Ley 1/3013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, la Ley 5/2019, de 26 de abril, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y el Real Decreto de 26 de abril que la desarrolla, el RD de 5 de abril de 2013 sobre certificación de eficiencia energética y el TR de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015); una Segunda parte, de Normativa estatal general en materia de VPO; y una Tercera parte sobre Planes estatales de la Vivienda.

Con la terminología propia de su fecha, que evoluciona de la casa y la casa por pisos a la vivienda o la casa-habitación, con muchos adjetivos, alguno no citado aún, cuales: vivienda **colectiva** o vivienda **para** personas mayores y personas con discapacidad u otros **colectivos específicos; de uso residen-**

34. En la Ley de la Vivienda de la Región de Murcia se define como la que se cede a terceros a cambio de un precio por periodos concretos de tiempo, sin destino a residencia habitual y siempre que no se ofrezcan los servicios propios de la industria hotelera.

cial para unidades familiares con ingresos que no excedan 1'5 veces -para acceso en alquiler- o 2'5 -para el acceso en propiedad- el indicador público de Renta de Efectos Múltiples; de jóvenes de menos de 35 años; de mayores de 65 años; de mujeres víctimas de violencia de género, de víctimas del terrorismo; de afectados por situaciones catastróficas; de familias monoparentales con hijos; de separados y divorciados, al corriente de pago de pensiones alimenticias y compensatorias; de personas sin hogar o procedentes de operaciones de erradicación del chabolismo y otros en situación de riesgo o exclusión social. Incluso personas relacionadas con la comunidad universitaria, o investigadores y científicos.

Los autores que firman como autores del Código electrónico del BOE advierten que no pretende ser una recopilación exhaustiva de la normativa vigente en materia de vivienda. Como es natural. Aludiendo a los títulos competenciales constitucionales del Estado, sobre todo sobre bases y coordinación de la planificación de la actividad económica y las bases de la ordenación del crédito del artículo 149. 1. 13ª y 11ª, sin perjuicio de la legislación civil.

Para completar algo más el glosario estatal no se puede olvidar la legislación sobre servicio exterior y las **viviendas militares**³⁵. Entre las primeras, las que facilita la Administración o, cuando no lo hace, compensa con una indemnización por el gasto sufragado por otra vivienda por el propio funcionario, cuya cuantía varía según el módulo de equiparación del poder adquisitivo, que contempla el RD 5/1995 de 13 de enero y 3450/2000, de 22 de diciembre³⁶. Entre las segundas, las del Patronato de Casas Militares y los pabellones de cargo³⁷ y las **viviendas de apoyo logístico**³⁸, gestionadas

35. Las viviendas cuya titularidad o administración correspondía al INVIFAS y los Cuarteles Generales de los Ejércitos, así como las que sean calificadas como tales en este estatuto del organismo autónomo Instituto de la Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa de 29 de diciembre de 2017, incluidas las que constituyan elemento inseparable de bases, acuartelamientos, edificios o establecimientos militares, que no se integran en el organismo, que, al igual que las demás, incluso las que por su ubicación supongan un riesgo para la seguridad de los pisos y aquellas otras que se encuentren en zonas específicas en las que resulte necesario disponer de viviendas para el personal destinado en las mismas, es especial en las ciudades de Ceuta y Melilla, que se facilitarán en arrendamiento especial.

36. Los Secretarios de Administración Local, hasta la Ley Reguladora de las bases de Régimen Local de 1985, y disposiciones complementarias, tenían indemnización por casa-habitación, que decía el artículo 146 del Reglamento de 1952 de Funcionarios, debía ser *decente* (correspondiente, o conforme al estado o calidad de la persona) y *capaz para él y su familia*, si fuera posible en el mismo edificio en que tenga su sede la Corporación, para facilitarle el mejor cumplimiento de su función.

37. Las viviendas destinadas a domicilio oficial o de representación social del militar por razón del cargo que ostente o del destino asignado.

38. Aquellas cuyo uso, en razón de la movilidad geográfica que caracteriza a la función militar, se cedan título oneroso y en la localidad de su destino al personal de carrera en situación de servicio activo.

otrora por el INVIFAS, y hoy, por el INVIED (por refundición del INVIFAS y el Organismo Autónomo Gerencia de Infraestructura y Equipamiento).

Bien distintas de los alojamientos, que podía conseguir el Estado, por requisa miliar, en los términos contemplados en los artículos 101 y 102 de la Ley de Expropiación Forzosa vigente de 16 de diciembre de 1954, en o fuera de tiempo de guerra, bien **alojamientos para personal**, ganado y material y bien alojamiento y cuanto fuera necesario para la asistencia de enfermos y heridos.

La Ley de Expropiación Forzosa, ya prevé, como procedimiento especial de expropiación, el por incumplimiento de la función social de la propiedad que puede afectar a un bien o clase de bienes, cuyo propietario no utilice en el sentido positivo de una determinada función social, declarado por ley o decreto acordado en Consejo de Ministros. Como la ley 24 de 1977 de 1 de abril, de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de las VPO construidas por el Ministerio de la Vivienda y organismos dependientes, que procede cuando se mantenga habitualmente deshabitada la vivienda, a no ser que la desocupación obedezca a justa causa, o se utilice para fines distintos de domicilio del propietario, su cónyuge, ascendientes o descendientes o utilicen otra construida con la protección del Estado. Garrido Falla³⁹, primero, García de Enterría⁴⁰ después, verían una expropiación-sanción,

La Ley 572018 de la Vivienda de las Illes Balears, en su artículo 79, dentro de un Capítulo De las potestades sobre la vivienda protegida, dispone que es procedente su expropiación, y la de los anexos vinculados, las zonas comunes, los locales, las edificaciones complementarias, tanto si son de promoción pública como si no, siempre que se justifique su utilidad pública, de acuerdo con el procedimiento que se establecerá reglamentariamente. Sobre la libre, prevé otras intervenciones, de menor intensidad, con cabida en lo que Garrido Falla⁴¹ llamó, en su día, policía de la propiedad, que no se conforma con prohibir sino que obliga a hacer y hasta a dar algo.

RD. 1751/1990, de 20 de diciembre.

39. Fernando GARRIDO FALLA *Tratado de Derecho Administrativo* Vol. II IEP 1960 pág. 269 nota 64.

40. Eduardo GARCIA DE ENTERRIA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, en *Curso de Derecho Administrativo* II pág. 285 Civitas 1977.

41. *Ibidem*. pág. 198.

V. TRIBUTOS Y VIVIENDA

La vivienda, sobre todo su construcción, ha sido tradicional objeto de la actividad administrativa de fomento⁴², otorgando ventajas patrimoniales, bien cosas (extracción de tierras para la desecación de terrenos pantanosos), bien auxilios financieros, tanto directos (como las subvenciones, anticipos, premios, primas, subsidios o garantías de interés mínimo por los capitales invertidos) como indirectos (como desgravaciones, exenciones, reducciones, deducciones, bonificaciones u otros beneficios fiscales).

Tales beneficios, desde siempre⁴³, y, hoy, en la Ley General Tributaria 58/2003 de 17 de diciembre⁴⁴, se incluyen en la reserva material de ley, cuando el artículo 8 d) se refiere a exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios e incentivos fiscales, que, en algún aspecto, define el artículo 22⁴⁵ y contemplan los 54⁴⁶ y 56.4 y 5⁴⁷.

Beneficios fiscales cuyo reconocimiento contempla el artículo 34. 1 o), como derecho de los obligados tributarios, y que tienen que ver con lo que dice el artículo 2 sobre que los tributos, además de servir como ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a los principios y fines contenidos en la Constitución⁴⁸.

42. Entendida por Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo* Vol. I Parte General 1960 pág. 282, como la que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfagan.

43. Artículo 5 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 que dispuso: no se concederán, exenciones, perdones, rebajas ni moratorias para el pago de las contribuciones e impuestos públicos... sino en los casos y en la forma que en las leyes se hubiere declarado.

44. Que, en su primera forma, de 1963, en el artículo 10, estableció que se regularán, en todo caso, por ley... b) el establecimiento, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones y demás bonificaciones tributarias... f) la concesión de perdones, condonaciones, rebajas, amnistías, moratorias; además de la determinación del hecho imponible, del sujeto pasivo, de la base, del tipo de gravamen, del devengo y de todos los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, salvo lo establecido en el artículo 58, que admitía formar parte de la cuantía de la deuda tributaria los recargos exigibles legalmente sobre bases o cuotas, el recargo por aplazamiento o prórroga, el recargo de apremio y las sanciones tributarias.

45. Diciendo que son supuestos de exención aquellos en que, a pesar de realizarse el hecho imponible, la ley exime del cumplimiento de la obligación tributaria principal.

46. Sobre reducciones en la base imponible.

47. Sobre reducciones y límites del importe de la cuota mínima y sobre deducciones, bonificaciones adiciones y coeficientes, de los que resulta la cuota líquida, que admite minorar deducciones, retenciones, ingresos a cuenta, pagos fraccionados y cuotas para determinar la cuota diferencial a que se refiere el propio artículo 56.6.

48. El texto de 1963 decía, en el artículo 4, atender a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional.

Si se piensa que la LGT vigente, en su artículo 12.1, sobre interpretación de las normas tributarias, remite al artículo 3 del Código Civil (y no, como en 1963, en que todavía el Código Civil callaba al respecto y se refería a los criterios admitidos en Derecho), y dicho artículo atiende, en primer lugar, al sentido propio de las palabras, añadiendo que, en tanto los términos empleados en las normas no se definan por la normativa tributaria⁴⁹, se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda⁵⁰, es de absoluta necesidad saber a qué se refieren las normas tributarias cuando usan la palabra vivienda, o a la expresión vivienda habitual u otra parecida, si es que lo hace. Y sí lo hace. Aunque lo más frecuente es que defina la vivienda, acotando la habitual, que es la que importa más. Para delimitar el hecho imponible⁵¹, en algún caso, y, sobre todo, el alcance de los beneficios fiscales que se le reconocen⁵².

49. El texto de 1963, en el artículo 23.2, se refería al ordenamiento tributario. Pero, en cualquier caso, fue pionero, en priorizar la definición legal, a la semántica, por más que, antes de la LGT, las leyes de cada impuesto, lo hacían ya. Rafael NAVAS VÁZQUEZ, en *Interpretación y calificación en Derecho Tributario* (art. 23). Comentarios a la LGT y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando SÁINZ DE BUJANDA. 1991 IEF. Vol. I págs. 395 y ss., las ejemplifica y las distingue: por género y diferencia específica; por extensión; por exclusión; por designación entre paréntesis; por enumeración de las características necesarias; por descripción empírica; por descripción técnica y por el origen. Esta definición legal del término usado, no es interpretación auténtica, sino norma legal, de obligado general cumplimiento, mucho más que las disposiciones interpretativas o aclaratorias, que el artículo 12.3 de la LGT atribuye al Ministro de Hacienda y obligan solamente a los órganos de gestión tributaria.

50. Para Luis CAZORLA PRIETO, en *El artículo 23 de la LGT cauce para una interpretación normativa en el Derecho tributario*. Comentarios a la LGT y líneas para su reforma. loc. cit. págs. 365 y ss., el nº 2 es precepto perturbador e innecesario, apoyándose en la opinión de L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, que había dicho de que no tiene ningún sentido y podría haber desaparecido con toda naturalidad, en *La interpretación de las normas según la LGT*. RDFHP nº 54, junio 1964 págs. 343 y 344. A Matías CORTÉS DOMINGUEZ, en *Ordenamiento tributario español. LGT*. Tecnos. Madrid. 2ª ed. págs. 137 y ss. le suscitan las definiciones legales tributarias algunas dudas, como: la de su valor en el resto del ordenamiento tributario, y, más aún del ordenamiento jurídico; hasta qué punto vincula las leyes anteriores, u otras, incluso posteriores, o en qué sentido lo ha utilizado o querido utilizar el legislador; y si se refiere a la definición expresa solamente o también a la inducible del contexto o del resto del sistema.

51. El artículo 20.2 LGT, según el que la ley, en su caso, completará la delimitación del hecho imponible mediante la **mención de supuestos de no sujeción**, para Guillermo G. NÚÑEZ PÉREZ, en *Hecho imponible, no sujeción y exención*. Comentarios a la LGT y líneas para su reforma. loc. cit. pág. 459 y ss., es otro precepto didáctico, y Narciso AMORÓS RICA, en *LGT (arts. 1 a 89)* Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1967, pág. 419, dice que el supuesto de no sujeción legalmente declarado es un falso síntoma del hecho imponible. Alguno hay, y se verá, sobre hechos imposables relacionados con la vivienda.

52. A ambos se refiere el artículo 14, sobre prohibición de la analogía, aunque realmente lo que prohíbe es la interpretación extensiva. A pesar de que las normas tributarias no son peyorativas, como las penales o las administrativas sancionadoras. Para las que están más justificadas las definiciones de los términos usados en la tipificación de conductas punibles o sancionables. El mismo Código Civil, desde 1974, en el artículo 4.2, a propósito de la aplicación analógica, dice que las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los contemplados expresamente en ellas. Según el Preámbulo del RD. 1836/1974, de 31 de mayo, lo justificaba así: Es la normal consecuencia del estricto principio de legalidad que ha de primar, exento de incertidumbre o fisuras. Y, según STS 3ª 20-I-1987 este mismo criterio debe regir para el Derecho Administrativo Sancionador por la identidad sustancial entre el ilícito penal y el administrativo.

Así como también descubrir si se distingue -como procede- del domicilio constitucionalmente protegido del que la LGT y otras normas hablan mucho. Aquella en el artículo 142.2, sobre facultades de la Inspección, que, en el párrafo 3, contempla la necesidad de entrar en el del obligado tributario, y en el 162, sobre facultades de la Recaudación, que remite al citado 142. Habiéndose referido a él, en el artículo 113, a propósito de la autorización judicial de entrada, como el 172.3 del Reglamento de gestión e inspección de 27 de julio de 2007 y los 10 y 76.1 del de recaudación de 29 de julio de 2005.

En los impuestos estatales son destacables las siguientes normas sobre la vivienda:

1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

De la Ley 35/2006, de 28 de noviembre. En el artículo 14.2, de reglas especiales de imputación de ingresos o rentas, se dispone:... g) las ayudas públicas percibidas como compensación por los defectos estructurales de la construcción de la **vivienda habitual** y destinadas a su reparación podrán imputarse por cuartas partes el año en que se obtengan y en los tres siguientes; y ... l) las ayudas incluidas en los planes estatales para el acceso por primera vez a la **vivienda en propiedad**, percibidas por los contribuyente mediante pago único en concepto de ayuda estatal directa, se podrán imputar por cuartas partes en el periodo impositivo en el que se obtengan y en los tres siguientes.

En el artículo 35. 4 b) exime las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de su **vivienda habitual** por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia, de conformidad con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En el artículo 35.4 d): Se estimará que no existe ganancia ni pérdida patrimonial, con ocasión de la dación en pago de la **vivienda habitual** del deudor o garante del deudor para la extinción de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma contraída con entidades que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de créditos hipotecarios.

En el artículo 38, sobre ganancias excluidas de gravamen en supuestos de reinversión, en 1. b), se refiere a las obtenidas por la transmisión de la **vivienda habitual** del contribuyente, siempre que el importe total obtenido por la transmisión se reinvierta en la adquisición de una nueva **vivienda habitual**.

En el artículo 43, de valoración de rentas en especie, dispone que los rendimientos del trabajo en especie, en el caso de utilización de una **vivienda** que sea propiedad del pagador, lo hace en el 10 por 100 del valor catastral.

El artículo 85, sobre imputación de rentas inmobiliarias, dispone que en el supuesto de los bienes inmuebles urbanos y en el de los rústicos con construcciones que no resulten indispensables para el desarrollo de explotaciones agrícolas, ganadera o forestales, o afectos en ambos casos a actividades económicas, ni generadoras de rendimientos del capital, excluida la **vivienda habitual** y el suelo no edificable, tendrá la consideración de renta imputada la cantidad que resulte de aplicar el 2 por 100 al valor catastral.

Del Reglamento, aprobado por RD 439/2007, de 30 de marzo.

En el artículo 41, sobre exención por reinversión en **vivienda habitual**, se dice que se asimila a la adquisición de vivienda su rehabilitación, teniendo tal consideración las obras en la misma que cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que se trate de actuaciones subvencionadas en materia de rehabilitación de **viviendas** en los términos del Plan Estatal de fomento para el alquiler de **viviendas**, rehabilitación edificatoria y regeneración y renovación urbanas; b) Que tengan por objeto principal la reconstrucción de la **vivienda** mediante consolidación y mantenimiento de las estructuras, fachadas y cubiertas y otras análogas siempre que el coste global exceda del 25 por 100 del precio de adquisición ...**Para la calificación de la vivienda como habitual se estará a lo dispuesto en el artículo 41 bis.** Dicho artículo dice que *se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, dos años*; no obstante se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual, a pesar de no haber concurrido dicho plazo, cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como la celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo cambio de empleo u otras análogas justificadas. Y, en su nº 2, que, para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de 12 meses.

2. Del Impuesto de Sociedades, su artículo 48, con que se inicia el Capítulo III rubricado Entidades dedicadas al arrendamiento de **vivienda**, dispone que se pueden acoger al régimen previsto en este capítulo las sociedades que tengan como actividad económica principal el arrendamiento de **viviendas** situadas en el territorio nacional que hayan construido, promovido o

adquirido, y que únicamente de entenderá por arrendamiento de **vivienda** el definido en el artículo 2.1 de la Ley 29/2994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, siempre que se cumplan los requisitos y condiciones establecidos en dicha ley para los arrendamientos de **viviendas**. Se asimilarán a **viviendas** el mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios por el mismo arrendador, excluidos los locales de negocio, siempre que unos y otros se arrienden juntamente con la **vivienda**.

3. La Ley 19/1991, de 6 de junio del Impuesto sobre el Patrimonio exime la **vivienda habitual** del contribuyente, según se define en el artículo 68 1.3 de la Ley 35/2007, de 28 de noviembre de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas..... declarando sujeto pasivo por obligación personal de contribuir las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español, para cuya determinación se estará a los criterios establecidos el IRPF.

4. El artículo 20.2 c) de la Ley 29/1987 de 18 de diciembre del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones dispone la reducción en la base imponible del 95 por 1000 del valor de la **vivienda habitual**, de la persona fallecida hasta un máximo de 122.606'47 euros para cada sujeto pasivo, con el requisito de la permanencia de 10 años siguientes a fallecimiento del causante, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquél o bien pariente colateral mayor de 65 años que hubiere convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento

5. La Ley 37/1997, de 28 de noviembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, exime, en su artículo 20. 23º, la constitución y transmisión de derechos reales de goce y disfrute que tengan por objeto: b) Los edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a **viviendas** o a su posterior arrendamiento por entidades gestoras de programas públicos de apoyo a la **vivienda** o por sociedades acogidas al régimen especial de entidades dedicadas al arrendamiento de **viviendas** establecido en el Impuesto sobre Sociedades. La exención no comprenderá los arrendamientos con opción de compra de terrenos o **viviendas** cuya entrega estuviese sujeta y no exenta al impuesto, ni los arrendamientos de **apartamentos o viviendas amueblados** cuando el arrendador se obligue a algunos de los servicios complementarios propios de la industria hotelera tales como restaurante, limpieza, lavado de ropa u otros análogos, ni los arrendamientos de edificios o parte de los mismos asimilados a viviendas de acuerdo con lo dispuesto en la LAU. El artículo 91, sobre tipos impositivos reducidos, contempla, el de 10 por 100 a las entregas de los edificios o partes de edificio aptos para su utilización como **vivienda**, incluidas las plazas de garaje.

6. En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, TR de la Ley de 24 de septiembre de 1993 artículo 45. I B) 22, se establece la exención: de las transmisiones de terrenos y solares y la cesión del derecho de superficie para la construcción de edificios en régimen de **viviendas de protección oficial**; los préstamos hipotecarios solicitados para la adquisición de aquellos en cuanto al gravamen de actos jurídicos documentados; las escrituras públicas otorgadas para formalizar los actos y contratos relacionados con la construcción de edificios en régimen de **viviendas de protección oficial** siempre que se hubiera solicitado dicho régimen a la Administración competente en dicha materia; las escrituras públicas otorgadas para formalizar la primera transmisión de **viviendas de protección oficial**, una vez obtenida la calificación definitiva; la constitución de préstamos hipotecarios para la adquisición **exclusiva de viviendas de protección oficial y sus anejos inseparables**, con el límite máximo del precio de la citada vivienda, y siempre que ese último no exceda de los precios máximos establecidos para las referidas viviendas de protección oficial.

7. En el RD 1065/2007, de 27 de julio, del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, se contiene el artículo 54 ter., sobre la obligación de informar sobre la cesión de uso de **viviendas con fines turísticos**, que se impone a las personas y entidades que intermedien entre los cedentes y los cesionarios, precisando que, a los exclusivos efectos de la declaración informativa, se entiende por cesión de uso, la cesión de uso de la totalidad o parte de una **vivienda amueblada y equipada** en condiciones de uso inmediato, cualquiera que sea el canal a través del cual se comercialice o promocióne, y realizada con finalidad gratuita u onerosa, excluyendo del concepto los arrendamientos de temporada, tal y como aparecen definidos en la LAU y el subarriendo parcial de **vivienda** a que se refiere su artículo 8, los alojamientos turísticos que se rige por su normativa específica y los usos y contratos del artículo 5 de la LAU, salvo las cesiones a que se refiere la letra e) de este artículo.

Los tributos de las Comunidades Autónomas contemplan la vivienda.

1. En general, y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la Ley, dedica el título VIII al que llama gravamen autonómico, cuyo artículo 72, sobre la residencia habitual en el territorio de la Comunidad Autónoma, dice que salvo prueba en contrario se considerará que una persona física permanece en el mismo cuando en dicho territorio radique su **vivienda habitual**.

2. En la **Comunidad Autónoma de las Illes Balears**, en el Texto Refundido de las disposiciones legales en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto legislativo 1/2014 de 6 de junio se incluyen:

En relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el artículo 3, sobre deducciones autonómicas sobre la cuota íntegra, particularmente, la de 15 por 100 del importe de las inversiones, por las de mejora de la sostenibilidad en el inmueble que constituya o tenga que constituir la **vivienda habitual** del contribuyente; y en el 3 bis, la de 15 por 100 de los importes satisfechos en el periodo impositivo, hasta un máximo de 300 euros anuales, por el arrendamiento de la **vivienda habitual** en favor de contribuyentes menores de 35 años, personas con minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% o psíquica igual o superior al 33%, el padre y los padres que convivan con el hijo o los hijos sometidos a la patria potestad y que integren una familia numerosa.

En relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en el artículo 23, una deducción por adquisición de la **vivienda habitual del causante** de la sucesión, del 100 %, con el límite de 180.000 euros por sujeto pasivo, siempre que los derechohabientes sean el cónyuge, los ascendientes o los descendiente, o los parientes colaterales mayores de 65 años que hayan convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento. **Entendiéndose por vivienda habitual**, dice el nº 3 h), **la que se ajuste a la definición y los requisitos establecidos en cada momento por la normativa reguladora del IRPF.**

La ley 5/2018 de 19 de junio de la Vivienda de las Illes Balears, en su artículo 37, sobre medidas para evitar la desocupación, dice que se podrán adoptar *c) medidas de carácter fiscal*. En la E. de M. las contempla entre las medidas para incentivar la ocupación y *penalizar* la desocupación, sin pretender, según afirma, en ningún caso, una imposición doble, pero sí hacer evidente que, por una causa u otra, tiene que ser posible conseguir el efecto imprescindible de ocupar las viviendas que, cuando podrían estar al servicio de alguna persona o familia, se mantienen **vacías** sin ninguna justificación⁵³.

53. Tiene en su mente la Ley 14/2015, de 21 de julio de Cataluña del Impuesto sobre viviendas vacías. Que define en su artículo 5 b) como la desocupada permanentemente, sin causa justificada durante más de dos años. Lo que se parece mucho a lo que dijo la ley 18/2007 del derecho a la vivienda, cuyo artículo 3 disponía: **Se entiende por vivienda vacía**, la vivienda que queda desocupada permanentemente sin causa justificada, por un plazo de más de dos años.

Las Haciendas Locales, que, como el **Municipio**, tienen capacidad o competencias en la materia⁵⁴, se refieren a la vivienda:

1. En el artículo 73, de bonificaciones obligatorias del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, dispone en el n° 2, el derecho a una bonificación del 50% de la cuota líquida del impuesto, durante los tres periodos impositivos siguientes al del otorgamiento de la calificación definitiva, para las **viviendas de protección oficial** y las que resulten equiparables a estos efectos conforme a la normativa de la respectiva Comunidad Autónoma.

2. En el Impuesto de construcciones, instalaciones y obras, dice el artículo 103.2 que las Ordenanzas fiscales podrán regular las siguientes bonificaciones sobre la cuota: d) una bonificación de hasta el 50% a favor de las construcciones, instalaciones y obras referentes a las **viviendas de protección oficial**.

3. En el Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, dispone el artículo 105 c) que las transmisiones por personas físicas con ocasión de la dación en pago de la **vivienda habitual** del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de las garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma contraídas con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. Asimismo estarán exentas las transmisiones de la **vivienda** en que concurran los requisitos anteriores, realizadas en ejecuciones judiciales o notariales.

VI. CONCLUSIONES

Concluyendo, para acabar:

54. La Ley de Bases de Régimen Local 7/1965, de 2 de abril, que, en el artículo 25 dice que ejercerá, en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de la Comunidades Autónomas, la materia de: Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbana; promoción y gestión de **vivienda**..., no se olvida de ella tributariamente. Así, el artículo 72, en relación con el Impuesto de Bienes Inmuebles, al regular el tipo de gravamen, e imponer el recargo por los inmuebles urbanos de uso residencial desocupados, dispone en su punto 4, que: Tratándose de inmuebles de uso residencial (no dice viviendas) que se encuentren desocupados con carácter permanente los Ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el 50% de la cuota líquida del impuesto. Dentro de este límite los Ayuntamientos podrán determinar mediante Ordenanza fiscal un único o varios recargos en función de la duración del periodo de desocupación del inmueble. A estos efectos tendrá la consideración de inmueble desocupado con carácter permanente aquel que permanezca desocupado de acuerdo con lo que se establezca en la “correspondiente normativa sectorial de **vivienda**”, autonómica o estatal, con rango de ley, y conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la Ordenanza fiscal.

1º. Hay un Derecho -con mayúscula por objetivo- de la Vivienda español, comprensivo de las normas jurídicas que regulan la vivienda, encuadrables en todas las Ramas o disciplinas académicas, como: en el Derecho Constitucional el proclamado derecho -con minúscula por subjetivo, aunque no fundamental ni público- a disfrutar de una vivienda digna y adecuada; en el Derecho civil, entendida la vivienda como cosa, susceptible de ser objeto de derechos reales, cuales el de propiedad o el de habitación, y en cualquier caso de posesión, como la mediata del inquilino, en virtud del contrato de arrendamiento, y de transmisión inter vivos o mortis causa y como sede del hogar familiar; en el Derecho Penal como morada a buen recaudo o artículo de primera necesidad a proteger del fraude y la estafa; en el Derecho Procesal, tanto civil como penal, con procedimientos especiales o especialidades de los ordinarios; en el Derecho Administrativo, en todas sus partes y direcciones de la actividad del Estado, las Comunidades Autónomas (desde que las hay) y el Municipio y otras entidades locales, más de fomento que de policía o intervención y de prestación o servicio público; y en el Derecho Financiero y Tributario, en el gasto público, que las ayudas y subvenciones generan, y en los ingresos públicos, en positivo, por las rentas reales o potenciales o imputadas o el capital que gravan algunos impuestos, su valor en las transmisiones inter vivos, entre particulares o empresarios y consumidores, o la sucesión mortis causa, sujetas a otros impuestos, y, en negativo, los beneficios fiscales en favor de la vivienda habitual, en casi todos.

Esta múltiple adscripción hace que, a lo sumo, sea una rama informativa del Derecho. No, una rama autónoma, con principios que le den trabazón y coherencia interna. Ni su estudio una Ciencia, con métodos peculiares o perspectiva propia. Ángel Latorre Segura en 1968, en su *Introducción al Derecho*⁵⁵, al tratar de las nuevas Ramas y, después de referirse al Derecho del Trabajo, como rama joven y pujante (con legislación especial dominada por principios propios y distintos en parte de los usuales del Derecho Civil, del que procede su núcleo central el arrendamiento de servicios, en situación de dependencia, alejado del intervencionismo estatal en el Código civil -con un lenguaje de amos y criados o asalariados- que se desliza a patronos y obreros, en penosa lucha social, donde la existencia de una parte económicamente débil propicia un intervencionismo tuitivo y una aplicación pro operario por parte de una nueva jurisdicción -que, partiendo de las Magistratura del Trabajo, anunciadas en el Fuero del Trabajo para superar el carácter arbitral de los Jurados mixtos, conduce a los Juzgados y Salas de lo social-contemplada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 de 1 de julio de 1985, como orden jurisdiccional social, que conocerá de las pretensiones que

55. Ángel LATORRE SEGURA *Introducción al Derecho*. Ediciones Ariel. Barcelona 3ª. ed. págs. 216 y ss.

se promuevan en la **rama social del Derecho**, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral) ve más incierta la situación de otros sectores del Derecho interno que, con más o menos insistencia han aspirado a una autonomía o al menos una marcada singularidad, como es el caso del Derecho marítimo, el aeronáutico, minero o agrario, que expuestos en conjunto pueden ser útiles incluso a efectos didácticos. Viendo con más aspiraciones al Derecho financiero.

En cualquier caso se habla menos del caleidoscópico y proteico Derecho de la Vivienda que del inexistente derecho a la vivienda.

2º. Definir la vivienda, sola o adjetivarla, en consideración del aspecto jurídico afectado por la norma constitucional, civil, penal, procesal, social, administrativa o tributaria, puede ser el hilo conductor para una primera aproximación a la problemática jurídica que plantea. Porque el legislador actual, sobre todo el autonómico -con independencia de la conveniencia de hacerlo en los ámbitos en los que, por limitativos de la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes, cuando no son punitivos y sancionadores, imperaba el tradicional axioma latino *odiosa sunt restringenda* y la tipicidad del *nullum crimen sine lege*, proscribía la analogía-, en un comprensible deseo de certidumbre, ha legislado profusamente sobre los conceptos, que, en último término, no evitan y tal vez comprometen la aplicación judicial, cuya interpretación se extenderá sobre la norma definitoria misma, que tiende al hermetismo, y no puede hurtarle al juez del caso, como legislador retroactivo, que está sometido a la ley, para hacer justicia.

Es nuestro caso, en el que puede ser un buen colofón recordar las palabras de dos autores. Uno jurista, el otro no.

Este último es Gregorio Salvador Caja, Catedrático y Académico de la Real Academia española, que, como tal suscribe su escrito⁵⁶ sobre el lenguaje de las leyes, que dirigiéndose a jueces dijo, entre otras cosas, que vienen al caso:

Que las definiciones parece ser que se les antojan a los redactores de las leyes más literarias y elegantes que los nombres cotidianos de las cosas, recordando, como ejemplo de lenguaje esotérico, el de la LOGSE, y más aún su Léxico de la reforma educativa que se repartió en los centros, en cuya

56. Gregorio SALVADOR CAJA *El lenguaje de las leyes. Lenguaje forense*. Estudios de Derecho Judicial nº 32 Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial. Consejo General de la Abogacía Española 2000 págs. 119 y ss.

Introducción se advertía que todo cambio legislativo genera una primera renovación semántica con ciertas dosis de imprecisión y de ambigüedad, lo que puede servir como ayuda para una lectura de los documentos de la reforma sin pretender el establecimiento del significado de los términos; que las creaciones terminológicas por una ley son admisibles, aunque no siempre necesarias, pero en cualquier caso lo que una terminología exige son previas definiciones estrictas e inequívocas; que donde se muestra con mayor frecuencia un lenguaje esotérico es en las leyes fiscales⁵⁷; y que las leyes se hacen para administrar justicia no para suministrar aplausos literarios. A nuestros legisladores tendríamos que pedirles lo que Maese Pedro a su trujumán en el Quijote: Llaneza, muchacho, no te encumbre que toda afectación es mala. Juan Ramón Jiménez pedía: ¡Inteligencia, dame/ el nombre exacto de las cosas!/ Que mi palabra sea / la cosa misma.

El jurista es Pablo Salvador Coderch que, comentando el artículo 3.1 del Código Civil⁵⁸, afirma: Las respuestas parecen depender más de nuestro conocimiento de los juicios políticos, preferencias ideológicas, convicciones morales u opiniones dominantes en o sobre la judicatura, que de las doctrinas sobre la interpretación jurídica más o menos positivizadas en el artículo 3.1 CC (Albaladejo García, Derecho Civil I. 1 pág.158, y con referencia a los tribunales españoles, dijo “lo que ... con independencia de teorías, les induce, de forma decisiva en cada caso que juzgan, a dar una interpretación u otra de la norma que sea, es el resolver en justicia el pleito -al que han de aplicarse- habida cuenta de su fondo moral, es decir no solo contemplado en su planteamiento puramente legal”). El mismo excepticismo doctrinal en relación con el valor normativo y relevancia práctica del artículo 3.1 CC parece confirmar este punto de vista (a la vez que sugiere reorientar los modos de aplicación del Derecho por parte de la ciencia jurídica), mas lo anterior no debe entenderse como una justificación indiscriminada del arbitrio judicial

57. Tal vez había leído el artículo 70.2 a) del Reglamento de los Impuestos Especiales que dice: Cerveza: la bebida alcohólica resultante de fermentar mediante levadura el mosto precedente de malta y cebada, sólo o mezclado con otros productos amiláceos transformables en azúcar por digestión enzimática, obtenido por cocción y aromatizado con lúpulo. Pero se olvidaba del artículo 3.1 a) de la Ley de Costas de 29 de julio de 1988, que dijo de la zona marítimo terrestre, incluida en la ribera del mar, que era el espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos, o cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial, *mejorando*, la de la Ley de costas y playas de 26 de abril de 1969, donde era el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo, en donde sean sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales ordinarios, en donde no lo sean. Que es lo que ya dijo la Ley de Puertos de 1880, con ecos lejanos en el *litus maris*, como superficie cubierta en invierno por las mayores olas. *Est autem litus maris, quaternus hibernus fluctus maximus excurrit*. Instituta. Lib. 2º, tít. 1º, De rerum divisione, párr. 3º. O bien, *litus est quoque maximum fluctus a maripervenit* Digesto, lib. 50, tít. 16, **De verborum significatione**, 96.

58. Pablo SALVADOR CODERCH *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia Madrid 1999 Tomo I, págs. 25 y 26.

sistemático: el juez, perito exclusivamente en Derecho y funcionario elegido, carece de legitimación científica o democrática para adoptar decisiones autónomas como si fuera un auténtico legislador (Lacruz Berdejo, *Elementos* I,1 pág. 283: “los jueces carecen de medios específicos de averiguación de la *realidad social*, así como de legitimación constitucional para determinar por sí mismos los valores que han de regir la norma”). De hecho, la misma jurisprudencia del TS sigue, en la inmensa mayoría de sus sentencias, líneas de decisión alejadas del artículo puro y simple, y relacionadas en cambio, con las muy generales líneas de concreción del Derecho legislado y de adaptación o desarrollo paulatinos y razonados de las pautas de resolución de los casos con arreglo a una apreciación judicial de consensos sociales sobre los cuales sean los criterios correctos o justos ... Parece preferible (a una motivación del sentido propio e histórico de la ley) una justificación de la estimación de las consecuencias de la decisión que se adopta en comparación con otros posibles que se discuten en el pleito... De la tradición de la doctrina de la interpretación lógica (en su sentido teleológico) permanece la idea de comparar las consecuencias de la aplicación judicial del Derecho con las que se exponen o se suponen pretendidas por la ley que se interpreta. Otro jurista, juez y académico⁵⁹, recordaba al juez estadounidense Learned Hand, cuando dijo, en un discurso sobre El espíritu de la libertad⁶⁰, en una jornada publicitada como Soy norteamericano un día: que dos son las condiciones *para la realización de la justicia aplicando la ley*: una, que la ley ha de tener una autoridad superior a la voluntad de los individuos, y la otra, que esta autoridad nazca de un fondo de aquiescencia social que le de voz a infinitamente más voces que las de las de aquellos que la aplican.

En cualquier caso es más difícil para el legislador definir la vivienda digna, adecuada, asequible o decente⁶¹, que definir la vivienda unifamiliar, deshabitada, protegida o habitual, y, si no es definida, como la vivienda familiar, lo hará quien aplique la norma, y si la aplicación es conflictiva, el juez que conozca en última instancia el pleito.

59. Carlos GÓMEZ MARTÍNEZ Félix Pons in memoriam Revista Jurídica de le les Illes Balears n ° 9 págs. 10 y 11.

60. Que no se encuentra en las leyes sino en el corazón. Donde no está el espíritu de las leyes, y no es la libertad precisamente o, solamente.

61. Como tenía que ser la casa-habitación del Secretario de la Corporación Local, según vimos, en algún momento.

4.3. DE CARLOS IZQUIERDO TÉLLEZ.

La respuesta penal a la ocupación de viviendas

INTRODUCCIÓN

I.- Morada, domicilio y vivienda. II.- Referencia al delito de allanamiento de morada. Distinción. III.- La ocupación de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada: 1.- Necesidad y justificación de la protección penal. 2.- De la *okupación* a la ocupación: perspectiva criminológica y situación actual. 3.- Los tipos penales en particular: 3.1.- Ocupación violenta de inmueble o usurpación violenta de derecho real inmobiliario (art.245.1 CP). 3.2.- Ocupación pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada (art. 245.2 CP). 3.2.1.- Elementos. 3.2.2.- Bien jurídico protegido. 3.2.3.- Circunstancias eximentes. 3.2.4.-Penalidad. 3.2.5.- Aspectos procesales. 4.- La actual política criminal y su tendencia al endurecimiento punitivo.

I.- INTRODUCCIÓN: MORADA, DOMICILIO, VIVIENDA.

El Código Penal protege la vivienda frente a su ocupación ilegal. Mediante la tipificación de conductas diversas, cuyo único denominador común acaso sea el objeto material sobre el que recaen, nuestro legislador contempla sanciones penales para aquellos comportamientos que en el momento actual de su política criminal considera de mayor gravedad.

Dos precisiones iniciales son necesarias. Primera, que el Código Penal no siempre emplea con la debida distinción los términos vivienda, morada y domicilio; circunstancia que puede generar cierta confusión conceptual que conviene aclarar. Y, segunda, que la regulación que el ordenamiento jurídico ofrece a la ocupación ilegal de viviendas no se limita al ámbito penal sino que se extiende a otros sectores, singularmente el Derecho Civil y el Derecho Administrativo; circunstancia esta última que ha facilitado, como veremos más adelante, que una misma conducta de ocupación haya sido tratada indistintamente desde uno u otro ámbito.

Centrándonos por ahora sólo en la cuestión terminológica apuntada, merece la pena detenerse en las referencias que el Código contiene respecto a cada una.

El Código emplea el término “domicilio” para aplicar una mayor sanción a conductas que, por tener lugar en dicho escenario, comportan una mayor lesividad. Es el caso, por ejemplo, de delitos cometidos en el ámbito propio de la violencia doméstica y de género, donde las conductas de malos tratos, amenazas, coacciones y violencia habitual se agravan por haberse cometido en el “domicilio común” o el “domicilio de la víctima” (arts. 153.3, 171.5, 172.2 y 173.2 CP, respectivamente). No obstante, también emplea ese término no para agravar conductas sino para definir las en el propio enunciado típico: así ocurre en el art. 203 CP (y en la rúbrica del Título X) al referirse al domicilio de personas jurídicas como lugar -espacio físico- del allanamiento, en el art. 224 (abandono del domicilio familiar por un menor), y en los arts. 534 (entrada de funcionario público en domicilio sin consentimiento de su morador, registro de sus papeles o documentos sin ese consentimiento) y 557 ter (invasión u ocupación en grupo de domicilio de persona jurídica, en sede de desórdenes públicos). En todo caso, a efectos penales, la jurisprudencia viene entendiendo el domicilio como ámbito de protección conforme al art. 18 CE en un sentido amplio, como lugar o espacio cerrado donde una persona desarrolla su vida privada, sea de modo permanente o transitorio.

La palabra “morada” es utilizada en nuestro Código como lugar que justifica la acción defensiva en la eximente de legítima defensa (art. 20.4^a CP), como escenario propio en el delito de allanamiento (art. 202.1^o CP), en el de allanamiento cometido en el ámbito de los delitos contra la corona (art. 490 CP) y como cualificación en el delito de robo (art. 241.2 CP). En sentido negativo (“que no constituyan morada”) se emplea para la tipificación del delito de ocupación pacífica de vivienda, concretamente en el art. 245.2 CP, como desarrollaremos después más ampliamente.

Por último, el término “vivienda”, entendido como lugar susceptible de servir como morada, se emplea para justificar un agravamiento de la sanción penal en el delito de estafa (cuando ésta *recaiga sobre viviendas*, dice el art. 250.1.1^o CP) y en el delito de coacciones cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda (art. 172.1 CP, imponiéndose entonces la pena en su mitad superior). Sin agravación penológica se puede encontrar también en algunos enunciados típicos, como en el caso del art. 173.1 CP, cuando castiga al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

El examen comparado de los contenidos acabados de exponer permite situar el elemento diferenciador en la idea de protección de la intimidad personal. Apreciable sin dificultad en los supuestos de morada y domicilio, como ámbitos de intimidad excluidos de terceros, en el caso de “viviendas”, por lo que ahora interesa, ese elemento ya no es que no se contemple, sino que aparece expresamente excluido en el propio enunciado legal del art. 245.2 CP, al referir la ocupación pacífica a vivienda, inmueble o edificio ajenos “que no constituyan morada”, como hemos apuntado.

El elemento diferenciador apuntado encuentra su reflejo en la distinta ubicación de los tipos legales en la Parte Especial del Código Penal. La ocupación de inmuebles, viviendas, y edificios que no constituyan morada se encuentra entre los delitos contra el patrimonio (art. 245 CP). En cambio, el delito de allanamiento de morada se halla en el Título X, en el marco de los delitos “contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. Precisamente la distinta ubicación sistemática de los tipos penales mencionados facilita la comprensión acerca del -también distinto- bien jurídico protegido en uno y otro caso. Pese a las diferencias doctrinales y jurisprudenciales en torno a su exacta delimitación, los bienes jurídicos que se pretende proteger con la tipificación de unas y otras conductas requieren ser diferenciados de manera autónoma; diferenciación que, en el caso de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios o viviendas que no constituyan morada (art. 245.2 CP) permite cuestionar el merecimiento de protección penal.

II.- REFERENCIA AL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA. DISTINCIÓN.

Aunque el allanamiento de morada no será objeto de nuestro estudio, una breve referencia a sus elementos definidores permitirá delimitar la figura y contraponerla a la de la ocupación de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada, constatando así sus notas diferenciadoras.

Nuestro Código Penal regula el allanamiento de morada en su artículo 202, diferenciando una modalidad básica y otra agravada en razón al empleo de violencia o intimidación⁶². En su numeral 1 castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años al particular que, sin habitar en ella, entra en morada

62. El paralelismo con el delito de ocupación de vivienda que no constituya morada es claro en este punto. Como veremos en el siguiente apartado, al tratar de la ocupación de vivienda que no constituya morada, el legislador utiliza en el art. 245 CP idéntico criterio a la hora de diferenciar las dos modalidades que regula.

ajena, o se mantiene en ella, contra la voluntad de su morador. En el numeral 2 castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses esas mismas conductas (entrar o mantenerse contra la voluntad del morador) cuando son ejecutadas con violencia o con intimidación. Completan esta regulación el art. 203 CP, cuando la entrada o mantenimiento sin consentimiento del titular tienen lugar en domicilio de persona jurídica -pública o privada-, despacho profesional, oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura, y el art. 204 CP, que castiga a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, lleva a cabo cualquiera de las conductas previstas en los dos preceptos anteriores.

Es conocido que la jurisprudencia ha mantenido, a los efectos de este delito, un concepto amplio de domicilio, incluyendo en él elementos muy diversos: la habitación de un hotel o pensión, caravanas, embarcaciones, chabolas, tiendas de campaña y hasta inmuebles semiderruidos, siendo el criterio delimitador, como señala la S TS 23.09.97 el del ejercicio personal de “los actos propios de su intimidad, aunque fuera en condiciones miserables”. También ha considerado tal la segunda vivienda, entendida como aquella que se ocupa por su titular en ciertas épocas al año (vacaciones, fines de semana): goza de la misma protección que la vivienda habitual como morada (S TS 852/2014, de 11 de diciembre).

El bien jurídico protegido por el delito de allanamiento de morada es, como señala Morales Prats, la intimidad domiciliaria⁶³. El autor considera que la ubicación sistemática del precepto en el Título X del Código Penal (“Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”) zanja la discusión doctrinal sobre esta cuestión, superando posturas que, basadas en la regulación en el Código Penal anterior, situaban el bien jurídico en la idea de la seguridad personal, de la libertad genéricamente considerada o el menosprecio de voluntad. El art. 18.1 CE garantiza la protección de la intimidad domiciliaria junto a la de las comunicaciones y a la libertad informática⁶⁴.

Pues bien. Como ya hemos apuntado, nuestro Código Penal regula la

63. Morales Prats, Fermín: “Los delitos contra la intimidad en el Código Penal de 1995: reflexiones político-criminales”. Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial). Colección: Estudios de Derecho Judicial, vol. 2, año 1996. CGPJ)

64. Dice el mismo autor: “El domicilio o morada delimita una parcela del bien jurídico intimidad, en cuanto que supone el soporte fáctico espacial en el que se localizan múltiples manifestaciones de la *privacy* de la persona. En ese espacio domiciliario, se generan facultades de exclusión de terceros, otorgándose al titular de la intimidad domiciliaria un dominio del contexto de la acción”.

ocupación de viviendas en su Título XIII, dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Tal ubicación denota por sí sola que el bien jurídico protegido no va a ser el mismo que el del delito de allanamiento de morada, y ello incluso en el supuesto de que el espacio físico material sobre el que se proyectara la conducta delictiva fuera, en cuanto tal, objetivamente idéntico. La jurisprudencia (vid. por todas la S TS 800/2014, de 12 de noviembre) señala que el bien jurídico protegido en el delito de ocupación de vivienda que no constituya morada es el “patrimonio inmobiliario”. Es precisamente esa exclusión -que no constituya morada- lo que determina que el elemento a proteger no sea ya la intimidad, ni la inviolabilidad del domicilio como espacio donde aquella se desarrolla y garantizada el art. 18 de la Constitución. Como veremos en el siguiente epígrafe, lo que se protege penalmente es la posesión material de un inmueble, edificio o vivienda frente a su ilegítima ocupación.

III.- LA OCUPACIÓN DE INMUEBLES, EDIFICIOS Y VIVIENDAS QUE NO CONSTITUYAN MORADA.

Como venimos señalando, el Código Penal regula la ocupación de viviendas en su Título XIII, dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Lo hace concretamente en su Capítulo V, bajo la rúbrica “De la usurpación”, que abarca hasta tres comportamientos distintos: la ocupación de inmuebles y usurpación de derechos reales inmobiliarios -art. 245-; la alteración de términos o lindes de pueblos o heredades, o señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos -art. 246-; y, finalmente, la distracción de aguas -art. 247-. Sólo el primero, único referido a la ocupación de vivienda, será aquí objeto de análisis.

1.-NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL.

Si bien la necesidad de sanción penal de la ocupación de inmuebles, edificios o viviendas que no constituyan morada no plantea dudas cuando la misma se realiza con violencia o intimidación (supuesto del art. 245.1 del Código Penal), la justificación de la intervención penal en los casos en que esa misma ocupación se produzca sin aquéllas -de forma “pacífica”, según denominación común- no está exenta de controversia.

La principal objeción que un importante sector doctrinal (Queralt Jiménez, Muñoz Conde⁶⁵, entre otros muchos) plantea a la tipificación de la ocupación

65. Para este autor, “la criminalización no tiene en cuenta que ya por la vía de los interdictos civiles y leyes de arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar

pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada tiene lugar en el terreno de los principios. Se argumenta que los conocidos principios intervención mínima y lesividad, y el carácter fragmentario, subsidiario y de última *ratio*, propios del Derecho penal, determinan la innecesariedad de intervención penal, la cual debe siempre quedar reducida al mínimo indispensable para el control social.

Esta postura considera suficiente la protección a la propiedad inmobiliaria y a la posesión que ya otorgan otros sectores del ordenamiento, principalmente en los ámbitos civil (principalmente las acciones posesorias dirigidas a proteger y recuperar la posesión indebidamente perturbada o arrebatada) y administrativo (art. 37.7 de la LO 4/2015, de seguridad ciudadana).

Sin embargo, el legislador del Código Penal de 1995 no lo entendió así. Pese a que la atipicidad de la conducta de ocupación pacífica había venido siendo nota común a nuestros códigos penales⁶⁶, y que su incriminación más reciente, de fugaz vigencia, data nada menos que del año 1928 (el llamado Código Penal de Primo de Rivera), en el año 1995 nuestro legislador optó por su incorporación al Código como delito menos grave y sin previsión de una modalidad de menor intensidad como simple falta.

Las razones de política criminal que le llevaron entonces a la tipificación de la ocupación pacífica no quedaron bien explicadas en la Exposición de Motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En ella sólo encontramos una referencia débil, escasa y meramente genérica, del todo insuficiente para justificar la nueva incriminación⁶⁷.

con la ocupación y que, en principio, el problema se debe situar en esta vía, sin necesidad de reforzar los derechos legítimos, cuando lo son, de los titulares por la vía penal” Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. 21ª edición Tirant lo Blanch, pág. 370.

66. Como explica García de Herrera, en “Notas prácticas acerca del delito de usurpación de viviendas. Especialidades en los casos de viviendas de protección o titularidad pública”, los Códigos penales de 1822 (su art. 811 habla de quien incurra en despojo violento de la posesión de una finca...), del Código Penal de 1848 (su art. 429 habla de quien con violencia ocupare una cosa inmueble...) el Código Penal de 1870 (su art. 534 habla de quien con violencia o intimidación en las personas ocupare...). Sólo el Código Penal de Primo de Rivera (1928) tipificó la ocupación sin violencia en las personas (art. 709) pero, según la doctrina, su intención era fundamentalmente el evitar sediciones (pues su oposición política estaba muy anexada a movimientos pro-ocupación).

67. Su párrafo quinto dice: “se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, *dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia*, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales”. El subrayado es nuestro.

Parece, pues, que la verdadera razón por la que en el año 1995 el legislador decidió incorporar al entonces nuevo Código penal tenía otro fundamento. Más que la gravedad o lesividad del ataque a la propiedad inmobiliaria o a la posesión, lo que había era una general insatisfacción ante la insuficiencia de la tutela civil para la rápida recuperación posesoria ante el ataque sufrido. A este déficit de nuestro sistema de justicia, general y endémico, se sumaban en la práctica otros problemas de corte social asociados a la falta de vivienda e insuficiencia de recursos: marginalidad, exclusión social, conflictividad vecinal y de orden público, conductas asociadas de defraudación de suministros y hasta otros delitos como el tráfico de drogas, etc. La cuestión no era tanto de “laguna de punibilidad”, sino de necesidad de afrontar nuevos problemas sociales, entre los que había que contar, como luego veremos, las acciones que realizaban los llamados movimientos “okupas”.

A pesar de la función preventivo general que la incorporación de la ocupación pacífica al Código penal estaba llamada a cumplir, lo cierto es que desde entonces hasta la actualidad no sólo no se ha contenido el número de ocupaciones, sino que el mismo ha ido incrementándose de manera extraordinaria. Este dato, recogido en la Memoria que publica anualmente la Fiscalía General del Estado, aparece reflejado en diversas resoluciones judiciales, entre las que merece destacarse, entre las más recientes, el auto número 609/2019, de 29 de octubre, de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección IX^a, que en su Fundamento Jurídico Segundo contiene la siguiente exposición: “la realidad social evidencia que la ocupación de bienes inmuebles, lejos de ser un fenómeno aislado y tendente a la eliminación, se ha multiplicado exponencialmente de un tiempo a esta parte, proliferando ese tipo de conductas que ocasionan perjuicios no sólo a los titulares de los inmuebles ocupados, sino también al entorno, al resto de ciudadanos y hasta comercios y empresas por los innumerables problemas de convivencia que suelen protagonizar, tales como ruidos, suciedad, enganches ilegales de suministros, e incluso problemas de salubridad, perros y animales desprovistos de control sanitario, sin descartar el consumo y hasta en algún caso el tráfico de sustancias estupefacientes”.

2.- DE LA OKUPACIÓN A LA OCUPACIÓN: PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA Y SITUACIÓN ACTUAL.

La ocupación inmobiliaria sancionada en el art. 245.2 CP no establece diferencias por razón de la motivación o finalidad de quien lleva a cabo la conducta. Abarca tanto las ocupaciones que son manifestación de protesta (movimiento okupa) o desobediencia civil (búsqueda de conflicto con el

fin de obtener resoluciones judiciales que interpreten el precepto forzando la apreciación de la antijuricidad de la conducta, o la atipicidad del hecho mediante su contraposición con otros derechos reconocidos en la Constitución española, singularmente en su art. 47), como la ocupación de la vivienda con la sola finalidad de poseerla y utilizarla conforme a su funcionalidad, normalmente por razones de necesidad personal y/o familiar (búsqueda de un techo, muchas veces en espera de obtener una vivienda facilitada por la Administración).

Los orígenes del fenómeno “okupa”, entendido como manifestación concreta de un más amplio activismo antisistema, se sitúan en Reino Unido, sobre los años 60. De allí se fue extendiendo a otros países europeos, principalmente Holanda y Alemania. A España llegó más tarde, a finales de los 80 y principio de los 90, con especial presencia, como movimiento urbano, en las ciudades de Barcelona y Madrid⁶⁸. Fue en ese contexto que el legislador del Código Penal de la democracia, año 1995, necesitaba ofrecer una respuesta a la demanda social frente a aquellas acciones. Seguramente el auge de aquellos movimientos y la preocupación social que generaban facilitó que el legislador optara por la incorporación al Código Penal de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada; concreción que, por cierto, resolvía otros dos problemas de orden técnico, cuales eran la falta de justificación del tratamiento diferenciado mantenido hasta entonces con la tipificación -como falta- de la ocupación pacífica cuando ésta tenía lugar en el ámbito rural (el Código hablaba únicamente de “heredad”, no aplicable al ámbito urbano) y la forzada reconducción de la ocupación pacífica al delito de coacciones⁶⁹.

En el escenario descrito, la incorporación al Código Penal de 1995 de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada encontró rápidamente opiniones contrarias que plantearon, incluso, la total despenalización. Hasta cuatro proposiciones de ley se presentaron entre 1998 y 2001 con ese fin. En la Exposición de Motivos de esta última, y tras reconocer expresamente “la gran presencia que en estos momentos tiene el movimiento okupa en Cataluña”, leemos lo siguiente: “No es ningún secreto que detrás de este movimiento, que también se manifiesta con fuerza en otros pun-

68. Una breve síntesis del origen, expansión y transformación del movimiento okupa puede consultarse en “Okupación vs ocupación: ¿Dos realidades distintas para un mismo tipo penal” de Jiménez París, José Miguel. La Ley Penal, n° 125, marzo-abril 2017. Editorial Wolters-Kluwer.

69. Pese a que no concurrieran los elementos de violencia o intimidación -pues en tal caso se estaría ante la ocupación violenta-, sino, acaso, la *vis in rebus* a la que la jurisprudencia acudía en ocasiones para apreciar las coacciones, generalmente como falta, mediante acciones tales como rotura de candados, puertas, ventanas o cerraduras.

tos del Estado español, hay reivindicaciones de derechos sociales y económicos, como el derecho a una vivienda digna, que trasladan a los poderes públicos la necesidad de adoptar políticas que garanticen este derecho social y económico que debe orientar e informar la actuación de cualquier gobierno en un Estado social”. Sin emplear ya la letra “k”, sino la “c”, la exposición concluía señalando que “la ocupación no puede ser entendida como un problema que merezca una respuesta jurídico-penal, sino que responde a condicionantes superiores, provocados por la situación social y económica en que se encuentra una parte muy importante de nuestra juventud, centrada en la dificultad de los jóvenes y las jóvenes para emanciparse y acceder a una vivienda y en las dificultades para encontrar espacios donde desarrollar sus actividades cívicas y culturales. Esta situación, evidentemente, se vincula de forma estricta a las dificultades de los jóvenes y las jóvenes para acceder al mercado de trabajo”.

De aquellos primeros años de vigencia de la nueva norma⁷⁰ hasta llegar al momento actual hemos asistido sin embargo a un cambio significativo. Desde una perspectiva más bien sociológica y criminológica, podríamos decir que el delito tipificado en el art. 245.2 CP ha pasado funcionalmente a dar respuesta penal a otros tipos de ocupación distintos a los derivados de las acciones de los movimientos *okupas*. En su mayoría, ocupaciones individuales o de familias en busca de satisfacer primariamente su necesidad de vivienda.

En los últimos años, donde la escasez de suelo urbano y la insuficiencia de recursos para atender a las necesidades de vivienda se han agravado, estamos asistiendo a un agravamiento del fenómeno, tanto por el mayor número de casos como por su mayor complejidad: existencia de grupos organizados, conocidos como “inmobiliarias ocupas”, que en ocasiones fingen vender o alquilar a terceros viviendas deshabitadas, o se encargan de fracturar puertas, candados o cerraduras para facilitar a sus “clientes” el acceso a la vivienda. Fenómeno que, a su vez, ha generado su correspondiente antagonista: organizaciones que ofrecen sus servicios para conseguir la recuperación de la vivienda o inmueble⁷¹.

70. Como recuerda la S AP Sevilla, Secc. 7ª, FJ 2, “El origen del precepto lo encontramos en el nuevo Código Penal de 1995, al entender el legislador, con la oposición de ciertos grupos políticos, que era necesario regular una conducta que venía extendiéndose bajo la denominación conocida de OKUPAS y con objeto de dotar de una mayor protección, -no sólo civil a través de las acciones interdictales, sino también penal-, al derecho de propiedad e incluso de posesión de bienes inmuebles”.

71. Se trata de organizaciones que ofrecen sus servicios incluso a través de la red. “Desokupa” se anuncia en su web como “una empresa especializada en desahucios de pisos ocupados ilegalmente o con inquilinos precarios. Pioneros y creadores de la fórmula legal de desahucios express. La empresa empezó su recorrido en el año 2016. Ofrecemos todos los servicios necesarios enfocados a la mediación con inquilinos precarios y ocupaciones ilegales de pisos, inmuebles y locales de nuestros clientes” “mediación con precarios”, “desahucios de ocupas”, “seguridad y prevención”, “vigilancia asesoramiento jurídico. Y la empresa “Fuera Ocupas”. Ofrecen negociación con los okupas a través de agentes profesionales (aboga-

Hasta tal punto resulta preocupante este fenómeno que el legislador, pese a que no ha agravado penalmente la conducta, ha terminado por reconocerlo expresamente. Muestra de ello es el Preámbulo de la Ley 5/2018, de 10 de junio, de reforma de la LEC, en el que, además de admitir la existencia de “verdaderas actuaciones organizadas, muy lucrativas y de carácter mafioso”, reconocía expresamente la insuficiencia de los cauces previstos en la vía civil para obtener el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles. En todo caso -decía- “se demora temporalmente de forma extraordinaria, con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda, en muchos casos también con una difícil situación económica, personal o familiar”.

3.- LOS TIPOS PENALES EN PARTICULAR.

El artículo 245 del Código Penal emplea en su numeral 1 los términos “ocupar” y “usurpar” como sinónimos. En puridad, utiliza el primero para referirse a los “inmuebles”, reservando el segundo para aludir a los “derechos reales inmobiliarios”. En su numeral 2 usa únicamente el término “ocupar”, en clara referencia a la relación directa con la materialidad a la que se refiere: inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada. Como veremos, cualquiera que sea la modalidad empleada, la conducta delictiva requiere desposeer a otro (de un bien o derecho real suyo) mediante un apoderamiento físico inmobiliario.

3.1.- OCUPACIÓN VIOLENTA DE INMUEBLE O USURPACIÓN VIOLENTA DE DERECHO REAL INMOBILIARIO (ART. 245.1 CP).

La regulación de la ocupación violenta en nuestro Código Penal se encuentra en el art. 245.1, que castiga al que, con violencia o intimidación en las personas, ocupe una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena. Su actual redacción, fruto de la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, modifica la primitiva en cuanto a la pena, que era multa de seis a dieciocho meses, pasando a ser prisión de uno a dos años.

Dos notas caracterizan la penalidad. Una que la operación de individualización judicial de la pena en el caso concreto no se rige por los criterios generales previstos en la Parte General del Código Penal, sino que la pena-

dos especializados y expertos en deportes de contacto y departamento comercial. Reconocen que son un elemento de disuasión fundamental: diario El español, 19.11.19 “La brigada de boxeadores que desokupa viviendas por 2.500 euros por toda España”

lidad deberá determinarse en caso de condena atendiendo a los criterios de la “utilidad obtenida y el daño causado” que específicamente contempla el precepto. Como se ve, se trata de criterios de individualización distintos a los previstos en el art. 66.1.6ª del Código Penal para el supuesto en que no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes. El precepto dispone que en ese caso los jueces y tribunales aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las *circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*. Tal vez la expresión “daño causado” pueda reconducirse o asimilarse a la fórmula “mayor o menor gravedad del hecho”. En cambio, la expresión “utilidad obtenida” sólo de manera indirecta podría relacionarse con la idea “circunstancias personales del delincuente”.

En nuestra opinión, la referencia a la utilidad obtenida parece propia de la pena de multa, a la vista del art. 52.1 CP, que contempla esa posibilidad para la pena pecuniaria, pero no así para la de prisión. Este precepto establece que no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá “en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo”.

Llama la atención, con todo, que esos mismos criterios -utilidad obtenida y daño causado- eran precisamente los que había establecido el legislador de 1995 en la redacción original del precepto, si bien la pena entonces prevista era multa de seis a dieciocho meses. Ahora, en cambio, modificada la naturaleza de la pena con la reforma de 2010, pasando de pecuniaria a privativa de libertad, se han mantenido sin embargo aquellos mismos criterios, lo que no deja de resultar sorprendente puesto que esta previsión no existe, que sepamos, para otros delitos en nuestro Código Penal como, insistimos, mandato dirigido al juez o tribunal para el momento de la operación de individualización de la pena atendiendo al arco punitivo establecido⁷². Se ha modificado, en fin, la naturaleza de la pena, pero no los criterios para su individualización, sin que encontremos en el Preámbulo de la LO 5/2010 ninguna referencia justificadora.

La segunda nota característica es que el precepto, tanto en su primitiva redacción como en la actual, establece una regla concursal para castigar los delitos en que puedan concretarse las violencias que, en relación de medio a

72. Puede encontrarse como criterio en la determinación de la pena privativa de libertad efectuada por el legislador en el propio enunciado legal, creando por ejemplo, modalidades agravadas -caso de los arts. 335 y 336, 417.1, párrafo segundo- o diferenciadas -art. 368, donde la extensión de la pena privativa de libertad y la multa dependen de que la sustancia cause o no grave daño a la salud, al igual que en el art. 369 bis-, sólo por citar algunos ejemplos.

fin, se realicen sobre las personas⁷³. Señala al respecto que la pena -prisión de uno a dos años- se impondrá “además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas”⁷⁴.

3.2.- OCUPACIÓN PACÍFICA DE INMUEBLES, EDIFICIOS Y VIVIENDAS QUE NO CONSTITUYAN MORADA (ART. 245.2 CP).

3.2.1.- Elementos.

Dentro de los delitos contra el patrimonio (Título XIII del Libro II del Código Penal), el delito de ocupación pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada previsto en el art. 245.2 CP se configura, al igual que la modalidad violenta del numeral 1 del mismo precepto, como un “delito de enriquecimiento”: el sujeto activo experimenta un incremento, siquiera momentáneo, en su patrimonio, como consecuencia del empobrecimiento que causa al de la víctima⁷⁵. Sus elementos configuradores pueden sistematizarse conforme a la estructura que a continuación se expone⁷⁶:

a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia. Se descartan así las ocupaciones meramente ocasionales o esporádicas, precisamente por faltar esa vocación. Sería el caso, por ejemplo, de aquellas ocupaciones cuya duración quedara limitada al breve periodo necesario para obtener la repercusión pública perseguida en una reclamación de carácter social que motivara la acción realizada. Las permanencias fugaces (como, por ejemplo, una ocupación con la única intención de entrar a dormir -S AP Madrid 549/19, Secc 30ª, de 20 de septiembre-), los casos en que al mero requerimiento del titular se produce el abandono inmediato del lugar también resultarían atípicas.

73. El precepto habla de “con violencia o intimidación en las personas”, ofreciendo así la idea de medio a fin, de modo que esa violencia o intimidación son el “modo” de ocupar. Nótese que esa violencia o intimidación pueden concurrir en relación a cualquier persona, sea o no titular del bien que se ocupa.

74. De este modo resuelve, por ejemplo, la concurrencia con un delito de malos tratos o lesiones cometido como medio para la ocupación. Semejante a otros preceptos de la parte especial, como el art 173.2, cuando dice “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

75. Queralt Jiménez, op. cit.

76. Una buena síntesis puede encontrarse en el FJ 3º de la STS 800/2014, de 12 de noviembre, cuya exposición nos sirve de referencia.

A diferencia de la modalidad violenta prevista en el numeral 1 del art. 245 CP, el delito de ocupación pacífica puede cometerse tanto por la acción de *ocupar sin autorización del titular* como por la de *mantenerse en contra de la voluntad* del mismo. Como se ve, la segunda modalidad requiere haber entrado previamente en posesión del inmueble, edificio o vivienda faltando oposición del titular⁷⁷. La falta de autorización y la existencia de voluntad en contra puede constar de forma expresa, pero también tácita o presunta, como por ejemplo cuando el inmueble, vivienda o edificio se encuentran cerrados (candados, cerraduras, precintos u otros elementos semejantes) que evidencian per se la voluntad en contra del acceso, ocupación y, en su caso, permanencia.

b) La ausencia de violencia o intimidación debe interpretarse en su sentido propio y técnico (como en el art. 202.2 CP -allanamiento- o en los delitos patrimoniales -p.ej. el delito robo-), sin incorporar la fuerza en las cosas típica de algunos delitos patrimoniales (como el robo -art. 237 y 238 CP-) o de otra clase (por ejemplo, la realización arbitraria del propio derecho -art.455- o el delito de quebrantamiento de condena-arts. 469 y 470 CP), por citar algunos ejemplos. Ello no quiere decir que no pueda concurrir fuerza en las cosas en la ocupación (p.ej. rompimiento de una cerradura o candado), sino que ésta queda absorbida en la acción de ocupación, no por la vía del concurso real de delitos penándose separadamente los daños causados como delito autónomo.

c) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (art 49 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo.

d) Es irrelevante, a efectos de tipicidad, que la titularidad del inmueble ocupado pertenezca a un particular o a la Administración. La facultad de autotutela de que dispone la Administración Pública para recuperar por sí misma la posesión de bienes y derechos indebidamente perdidos (art. 41 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas) no representa ningún

⁷⁷. Nótese el paralelismo existente con las modalidades de ejecución previstas en el art. 202.1 para el delito de allanamiento de morada, castigando al particular que sin habitar en ella, entrara en morada ajena o se mantuviera en ella contra la voluntad de su morador.

obstáculo a la protección penal, al no afectar a la tipicidad. Por otra parte, que la vivienda esté simplemente “vacía” no permite concluir sin más que está “deshabitada”, a menos que se halle en estado de ruina (inhabitabilidad) o abandono, en cuyo caso la conducta debe estimarse atípica.

e) Que quien lleva a cabo la acción de ocupar carezca de título jurídico que legitime tal posesión. Por el contrario, si hubiera existido autorización para ocupar el inmueble, aunque fuera temporalmente, o como mero precarista⁷⁸, la acción no debe reputarse como delictiva, dejando a salvo las acciones civiles que correspondan al titular para la recuperación de la posesión.

f) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después. lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio “contra la voluntad de su titular”, voluntad que en esta modalidad deberá ser expresa.

g) En cuanto al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso, que no admite la forma imprudente. El dolo debe abarcar el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada. La concurrencia de este elemento permite encuadrar la conducta que va más allá de los actos de protesta social como mero carácter simbólico, en los que no hay voluntad de perturbar la posesión ajena de forma permanente o indefinida⁷⁹.

h) Se trata de un delito de mera actividad, por lo que no caben formas imperfectas de ejecución. Es, además, un delito permanente, por lo que continúa perpetrándose en tanto no se realice la conducta contraria que ponga fin a la ocupación.

78. No podemos examinar en profundidad el concepto de precario. Baste ahora con decir que la jurisprudencia (S TS, Sala I, de 28 de febrero de 2017, y las que en ella se citan - SS 110/2013, 28 de febrero; 557/2013, 19 de septiembre; 545/2014, de 1 de octubre -) entiende por tal la situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho.

79. Precisamente en el caso concreto de la sentencia 800/2014, y tras razonar sobre la atipicidad de las ocupaciones *ocasionales, esporádicas o sin vocación de permanencia*, como por ejemplo aquella ocupación que durase un breve período temporal, el necesario para obtener la repercusión pública de la reclamación de carácter social que fundamentaba la acción realizada, consideró que los hechos declarados probados eran típicos, porque “se superó muy ampliamente esta naturaleza de acto simbólico que la ocupación tenía inicialmente como protesta social, para convertirse en una ocupación que los propios ocupantes calificaban como permanente o indefinida, y que habría de durar hasta que consiguiesen sus reivindicaciones, sin consideración alguna al perjuicio que determinaba para los usos ordinarios a los que su titular destinaba la finca, prolongándose la perturbación de forma desproporcionada durante dieciocho días”.

Esta última circunstancia produce efectos significativos en otros ámbitos, singularmente en sede de prescripción del delito, cuyo plazo es de un año conforme al art. 131.1 CP, dado que tras la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el delito del art. 245.2 CP constituye delito leve, no menos grave, como en su origen en el año 1995. El cómputo del plazo de prescripción, dada la naturaleza permanente de la infracción, requiere para su inicio el cese de la situación ilícita, comenzando el plazo en ese instante, de acuerdo con lo previsto en el art. 132.1 del propio Código.

Precisamente la condición de delito leve produce también efectos propios en otras dos importantes instituciones: para la apreciación de la agravante de reincidencia (art.22.8ª CP) y para la consideración de la primariedad delictiva a efectos de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por otro delito que hubiera podido cometer el mismo sujeto activo (art. 80 CP).

3.2.2- El bien jurídico protegido.

La Doctrina no muestra unanimidad en torno a la cuestión del bien jurídico protegido en el delito de ocupación pacífica. Algunos autores consideran tal la posesión derivada del derecho de propiedad -posesión continuada en el tiempo-. Frente a ello, el sector mayoritario lo sitúa en la posesión real, esto es, la que comporta el goce efectivo de la cosa manifestado externamente, incluyendo, por ejemplo, al usufructuario y al arrendatario como poseedores materiales inmediatos, además de al titular dominical). En palabras de Herranz Castillo, consistiría en “el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, la ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión u otros derechos reales”⁸⁰.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Baleares, Sección Segunda, en sus sentencias de 18.01 y 15.02.18, y en el auto de 20.05.19, señalan que el bien jurídico protegido no es la propiedad, sino la posesión, y no la mediata ni la civil, sino la posesión material, real, efectiva o inmediata; planteamiento que sirve de base al Tribunal para descartar la antijuricidad material de la ocupación pacífica de inmuebles cuando éstos se encuentran en estado de abandono o ruinoso, o no se tiene sobre él ningún control posesorio.

80. Herranz Castillo, Rafael: “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda”. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 435 Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2000. El autor añade a continuación lo siguiente: “Allí donde no existen posesión, uso ni disfrute, ni aprovechamiento económico a través de relaciones jurídicas (contratos de alquiler, usufructo, habitación, u otros), no existe bien jurídico protegido”.

En efecto. Por su especial interés en el ámbito territorial de Baleares (y puesto que no cabe en este punto unificación por el Tribunal Supremo a través del recurso de casación, dada la naturaleza de delito leve de la infracción que examinamos) merece la pena detenerse en la reciente sentencia número 27/2020, de 22 de enero, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección Segunda. Esta sentencia, invocando el Acuerdo del Pleno de unificación de criterios de las Secciones Penales de la propia Audiencia de 28.05.19, destaca que faltará la antijuricidad material no sólo cuando la ocupación recaiga sobre inmuebles en estado ruinoso, sin reunir las mínimas condiciones de habitabilidad, que no son susceptibles de ser efectivamente poseídos por sus propietarios, sino también en los supuestos de largos periodos de abandono o desinterés por parte de su titular. Tal falta de interés o despreocupación del titular constituye -dice- “una suerte de abandono, pero entendido en un sentido jurídico de la expresión”. Anuda a ello que “la exigencia de que la lesión al bien jurídico protegido sea intensa hace que cuando el sujeto pasivo de estos ilícitos sean personas jurídicas dedicadas a la gestión de activos o de entidades bancarias cuyo objeto es la obtención de beneficios (negocio bancario) el abandono o desinterés habría de equipararse a aquellos supuestos en los que estas mercantiles han hecho dejación de cualquier tipo de control o de explotación sobre el inmueble, tal y como ocurre, por ejemplo, cuando los tienen en su cartera de activos, pero sin ofrecerlos en el mercado en venta o en alquiler y sin hacerse cargo del pago de los gastos de comunidad, ni de los impuestos que gravan la propiedad u otros arbitrios”.

La misma resolución, tras reconocer que el delito de usurpación no distingue por razón del sujeto pasivo, señala que la lesión al bien jurídico se presenta mayor y reviste más relevancia y socialmente se considera más digna de reproche (teoría de la adecuación social) cuando la ocupación afecta a un particular que cuando perjudica a una entidad bancaria o de posesión de activos que, por lógica, tiene en cartera estos inmuebles para su explotación y para extraer de los mismos un rendimiento y unos beneficios de su explotación mercantil que son sustanciales al mismo negocio financiero que constituye el objeto de su actividad, de manera que si no los pone en el mercado para su adquisición o alquiler por los ciudadanos su ocupación, aunque llegue a ser contraria a derecho, no parece que deba ser sancionada en sede penal, ya que esta vía punitiva ha de quedar reservada para los atentados más graves e importantes contra la propiedad, sobre todo cuando el ordenamiento prevé otras opciones más razonables para restablecer la perturbación posesoria, tales como, la sanción administrativa a través de la Ley de Seguridad Ciudadana⁸¹ o el procedimiento interdictal”.

81. Se está refiriendo al art. 37.7 de dicha ley.

Con todo, algún autor ha incluido también como objeto de protección, pese a la ubicación entre los delitos patrimoniales, el orden público (entendido como límite a manifestaciones colectivas de protesta pública), la seguridad ciudadana o la seguridad del tráfico inmobiliario.

3.2.3.- Circunstancias eximentes.

a) El estado de necesidad. Con cierta frecuencia se invoca en la práctica el estado de necesidad, previsto como circunstancia eximente de la responsabilidad criminal en el art. 20.5 del Código Penal. Nuestros juzgados y tribunales son reacios a su apreciación, normalmente porque no se acredita la situación de un mal grave e inminente que haga necesario lesionar el bien jurídico de otro⁸². Con todo, en algún caso de indigencia probada y absoluta carencia de toda posibilidad de acceder a una vivienda lo han estimado.

Probablemente late aquí la consideración del principio de intervención mínima del Derecho penal, que si bien se orienta primordialmente al legislador, en ocasiones es tomado en consideración también como criterio hermenéutico a la hora de aplicar la norma penal. Sin embargo, la postura que al respecto mantiene el Tribunal Supremo no parece favorable a ese entendimiento: como recuerda su sentencia 96/2002, de 30 de enero, “reducir la intervención del derecho penal, como última *ratio*, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal”.

b) Con menor éxito se ha invocado también en alguna ocasión el derecho a la vivienda reconocido en el art. 47 de la Constitución Española, anudándolo a la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, prevista en el art. 20.7 CP, para justificar la ocupación pacífica. Esta postura choca sin embargo

82. Puede citarse al respecto la S AP Murcia, Sección Segunda, núm. 193/2019, de 24 de junio. Aun admitiendo en el caso que la ocupante tiene tres hijos, teniendo una hija con retraso, que no tiene trabajo y los cuida sola y que alegó no tener otra alternativa de vida, y declarando que “la situación es lamentable, indigna para un estado social como se dice que es España, que debe ofrecer por el través de las autoridades administrativas y sociales los medios para satisfacer sus necesidades habitacionales y de atención a los ciudadanos españoles”, concluye no acreditado, y que aun así tampoco sería amparable en la eximente, “que sólo pudiera subvenir sus necesidades mediante la realización del hecho ilícito asaltando aquello que no era suyo”. Y concluye: “La solución al problema de la vivienda no puede venir por esta vía, por existir otras posibilidades o remedios razonables y asequibles distintos a cometer la infracción”.

con la importante circunstancia de que el derecho reconocido en el art. 47 la CE se integra no en el bloque de los derechos y libertades del Capítulo II del Título I (como el derecho a la propiedad, recogido en el art. 33), sino en el de los principios rectores de la política social y económica, que se ubica en el Capítulo III del mismo Título. No tratándose, pues, de un derecho fundamental (dentro del llamado “núcleo duro”), no puede servir de base para la justificación de la ocupación de viviendas.

3.2.4.- Penalidad.

La pena prevista para el delito de ocupación pacífica de inmueble, edificio o vivienda que no constituya morada es la multa de tres a seis meses. A diferencia de lo que ocurría en la usurpación violenta del art. 245.1, donde vimos que la pena había de fijarse atendiendo a los criterios específicos de “utilidad obtenida” y “daño causado”, en el art. 245.2 CP no hay referencia alguna a tales parámetros, por lo que ha de estarse a los criterios generales a los que se remite el art. 50.5 CP⁸³. El legislador no hizo uso aquí de la posibilidad que contempla el art. 52.1 CP, de establecer la multa según un criterio de proporcionalidad en relación al “daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo”. Esta posibilidad, y singularmente el criterio referido al beneficio reportado por el delito, parecería más coherente con la punición prevista en el art. 245.1 anterior a la reforma del año 2010, en el que la pena -de multa- debía fijarse conforme a aquellos criterios de utilidad y daño; al menos en cuanto al primero, puesto que, como hemos dicho, nos encontramos ante un delito patrimonial “de enriquecimiento”, a diferencia de otros delitos contra el patrimonio que no responden a otra naturaleza, como ocurre con el delito de daños, previsto en el art. 263 CP, y donde el criterio de individualización de la pena de multa, cuando opera como delito menos grave (cual era el caso del art. 245.2 hasta la reforma de 2015) es “la condición de económica de la víctima y la cuantía del daño”⁸⁴.

Hasta la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la ocupación pacífica de vivienda que no constituya morada era en todo caso delito menos grave. No había figura homóloga en el derogado Libro III

83. Art. 50.5 CP: Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del Capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

84. Cuando la cuantía de los daños no supera los 400 euros, la infracción constituye delito leve castigado con pena de multa de uno a tres meses, sin que para ese supuesto se contemple aquella regla especial para la individualización de la pena.

(Faltas). El art. 624, referido a la usurpación, sólo contemplaba como tal clase de infracción las conductas previstas en los arts. 246 y 247, siempre para el supuesto de que la utilidad reportada no superase los 400 euros⁸⁵.

Tras la reforma producida por la LO 1/2015, y por efecto de la nueva previsión en la Parte General del Código Penal, concretamente en los arts. 13.3 y 13.4, en relación con el art. 33.4 g) del mismo, el delito es en todo caso -y pese a que la figura no tenía modalidad en el libro III como falta-, delito leve. Seguramente no fuera esa la intención del legislador, como es bien sabido, sino que ese resultado (con éste y con otros delitos) obedece más bien al empleo de una técnica defectuosa que no tuvo en cuenta que aquellos delitos menos graves castigados únicamente con pena de multa cuyo suelo fuera tres meses pasaban automáticamente a la nueva categoría de delitos leves.

3.2.5.- Aspectos procesales.

Dos aspectos procesales nos conectan directamente con lo expuesto en el apartado precedente.

La primera es que, tras producirse el efecto no deseado de la transformación en delito leve de varios delitos hasta entonces menos graves -y entre ellos la ocupación pacífica del art. 245.2 CP-, el legislador buscó “paliar” de algún modo las consecuencias derivadas del mismo, singularmente la eventual afectación del derecho de defensa, toda vez que en el Juicio por Delito Leve, regulado en el Libro VI de la LECrim, no era necesaria la intervención de Abogado y Procurador. Por esta razón, y a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, modificó el art. 967.1 LECrim, estableció que para el enjuiciamiento de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses -como acontece en el delito del art. 245.2 CP, donde la pena única es multa de tres a seis meses-, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación; esto es, intervención de Abogado y Procurador⁸⁶. Ello no obstante, la presencia del denunciado en el acto del juicio sigue sin ser

85. Por cierto que, como efecto de la reforma operada por la LO 1/2015, se produce la siguiente peculiaridad en la usurpación regulada en los arts. 246 y 247: siempre será delito leve (no menos grave), pero la pena variará en razón a que la utilidad reportada supere o no los 400 euros. En el primer caso, la pena mínima será de tres meses multa y podrá alcanzar hasta los dieciocho meses; en el segundo, la pena oscilará de uno a tres meses multa. En todos los supuestos, la individualización de la pena de multa habrá de seguir los criterios generales.

86. Nótese bien que lo que ordena el precepto es “aplicar las reglas generales”; lo cual debe entenderse referido a todas las partes procesales, incluida aquella que pretenda ejercer la Acusación Particular, lo que no está previsto con carácter general para el juicio por delito leve, ni lo estaba tampoco para el anterior Juicio de Faltas.

preceptiva, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 971 LECrim, conforme al cual la ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste haberse citado con las formalidades prescritas en esta Ley, a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquél⁸⁷. Es más: la previsión de celebración del juicio en su ausencia, además de coherente con la regulación prevista en el art. 786.1, párrafo segundo, LECrim para el Procedimiento Abreviado, se contempla también para el supuesto del juicio rápido por delito leve del art. 964.3 LECrim⁸⁸.

La segunda es que la Circular 1/2015, de la Fiscalía General del Estado, emitida a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015 en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente al abordar la cuestión del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal en el ámbito de los delitos leves, excluye su aplicabilidad al delito del art. 245.2 CP precisamente en razón a su carácter de delito menos grave anterior a la reforma.

A los dos aspectos que acabamos de comentar, y por su evidente interés práctico, debe añadirse la cuestión sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante la tramitación del procedimiento seguido por delito leve de ocupación pacífica. Se plantea aquí concretamente si el Juzgado de Instrucción, competente para la tramitación de esta clase de proceso, puede acordar cautelarmente el desalojo de los ocupantes. Al respecto ha de verse que, a diferencia de lo que sucede en sede de Procedimiento Abreviado, concretamente en los arts. 763 y 764 LECrim, que -no lo olvidemos- resultaban de aplicación hasta la LO 1/2015 en la tramitación de las causas por delito del art. 245.2 CP, al ser éste entonces delito menos grave, no hay una regulación específica en sede de Juicio por Delito Leve.

Aunque algún sector doctrinal, basándose en la ausencia de una auténtica fase de instrucción y la celeridad que caracteriza este procedimiento (y antes

87. Nótese sin embargo la diferencia de regulación en relación al Procedimiento Abreviado. El art. 786.1, párrafo segundo LECrim -relacionado con el art. 775.1 LECrim en cuanto a la obligación del acusado de designar domicilio o persona para notificaciones, citaciones y requerimientos-, establece que la ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, *estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento*, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años. El subrayado, que es nuestro, hace referencia a un contenido que es o puede ser diferente al previsto en el art. 967.1, referido a que el juez *crea necesaria la declaración del acusado*.

88. Aunque existe la misma previsión para el supuesto del juicio por delito leve inmediato, del art. 962 LECrim, ha de recordarse que éste no es cauce procesal adecuado para el delito de ocupación pacífica del art. 245.2 CP, puesto que no es uno de los supuestos previstos en el numeral 1 de aquel precepto.

al Juicio de Faltas), considera inviable tal posibilidad, en nuestra opinión sí resulta posible su adopción conforme a lo previsto con carácter general (para toda clase de delitos, y el art. 245.2 sigue siendo delito, aunque sea delito leve) en el art. 13 LECrim para proteger al perjudicado u ofendido por el delito. Al respecto ha de tenerse en cuenta que el delito del art. 245.2 CP se encuentra entre los delitos contra el patrimonio y, por tanto, contemplado en el art. 57.3 CP en relación con el número 1 del mismo artículo; precepto que prevé la posibilidad de imponer las penas del art. 48 CP, entre las que se cuenta la de alejamiento y hasta la utilización de medios de control electrónicos. Tal posibilidad permite, por efecto de la previsión del art. 544 bis LECrim, su aplicación como medida cautelar, pues a pesar de la objeción según la cual el art. 544 bis, al utilizar la expresión “que se investigue” un delito del art. 57 CP, está aludiendo a una fase de instrucción -de la que el juicio por delito leve carece-, desconoce sin embargo que en ocasiones sí puede haber alguna actividad de investigación en esa clase de juicios, amén de que en algún supuesto también se contempla expresamente su posibilidad, como acontece, por ejemplo, en el art. 544 ter, 4 LECrim al tratar de la orden de protección.

Con todo, y por efecto del ejercicio acumulado de la acción civil al proceso penal, lo probable es que, en caso de pronunciamiento penal condenatorio, la sentencia acuerde el desalojo; si bien, mientras se tramita la apelación, podría resultar de utilidad el mantenimiento de la medida cautelar adoptada, pues no puede olvidarse que se trata de un delito permanente.

4.- LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL Y SU TENDENCIA AL ENDURECIMIENTO PUNITIVO.

En el momento actual, la tipificación de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada no cumple adecuadamente su función preventivo general (función disuasoria). La incorporación de la conducta al Código Penal, primero como delito menos grave y luego, tras la reforma de 2015 y de forma inesperada, como delito leve, no ha logrado una disminución de casos. Antes al contrario: se trata, en palabras del auto AP Barcelona, Secc. 9ª, 601/2019, de 29 de octubre, de una fenomenología criminal en auge⁸⁹.

89. Como recuerda la referida resolución, la ocupación ilegal de viviendas “ha hecho converger los colectivos de personas en situación de especial vulnerabilidad y la organización delictiva en torno a la posesión inmobiliaria”. Y añade: “nos hallamos ante un grave fenómeno de la ocupación ilegal de viviendas, según publicaba, recientemente, el diario Expansión, en nuestro país hay entre 85.000 y 90.000 viviendas *okupadas*, de las que más de tres cuartas partes son propiedad del sector financiero. Con ello, al menos 70.000 pisos en manos de las entidades están habitados de forma ilegal. Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017, en 2015, se incoaron 22.917 procedimientos penales por usurpación, de los

La insatisfacción generalizada ante la respuesta penal actual deriva, sobre todo, de la incapacidad para obtener la recuperación inmediata de la posesión, que podría lograrse a través de las medidas cautelares, cuya problemática ya hemos examinado antes. También confluyen otros factores, como la dificultad de identificación de los ocupantes en el proceso penal, cuando son varios, además de la imposibilidad de acordar su detención, por impedirlo el art. 495 LECrim por tratarse de delito leve. A ello se suma la posición restrictiva antes abordada que considera la tipificación de la ocupación como el reflejo de una política criminal expansiva y que propone acudir a la respuesta que otros órdenes ofrecen a los ataques posesorios, principalmente el orden civil (y en menor medida, administrativo), por considerarlos suficientes para proteger la posesión.

En relación a esta última cuestión debe señalarse que la insatisfacción general derivada de la lentitud de los procesos civiles para recuperar la posesión ha disminuido recientemente gracias a la reforma de la LEC por la Ley 5/2018.

Sin entrar en profundidad en la cuestión, por exceder notoriamente el marco de nuestro trabajo, debe decirse que, además de las acciones generales para la tutela posesoria y obtener su recuperación (proceso declarativo), y del procedimiento de desahucio por precario (art. 250.1.2º LEC), la protección civil de la posesión viene facilitada por dos procedimientos específicos: a) el art. 250.1.7º LEC, siempre que el afectado sea titular registral. Se trata del procedimiento que históricamente contemplaba el art. 41 de la Ley Hipotecaria, que fue modificado por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil⁹⁰, y que permite la adopción de medidas cautelares para garantizar el cumplimiento del pronunciamiento que se dicte (art. 441.3 LEC), amén de establecer la necesidad de prestación de caución para oposición salvo dispensa (art. 444.2 LEC); y b) el art. 250.1.4º LEC, que regula la tutela interdictal y que mediante la reforma operada por la Ley 5/2018, de 11 de junio, ha ampliado notablemente los sujetos a los que se refiere su párrafo segundo, su agilización procedimental y, en fin, su eficacia.

Interesa destacar ahora que la Ley 5/2018, añadió también un apartado 1. bis al art. 441 LEC, en virtud del cual, cuando se trate de una demanda de

cuales solo fueron calificados 3461, mientras que el número de procedimientos penales incoados en 2016 se redujo a 12.900, de los que tan solo fueron calificados 1.057. A su vez, en 2012, se incoaron 12.482, de los cuales fueron calificados 1508 y, en 2013, 12.569, y 1525 calificados”.

90. El procedimiento en cuestión es el, promovido por quien siendo titular de derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad, demande su efectividad frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a que se refiere el art. 250.1, 4º, párrafo segundo, la notificación se hará a “quien se encuentre habitando aquella”, y se podrá hacer, además, “a los ignorados ocupantes de la vivienda”; previsión cuya constitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en su sentencia, del Pleno, de 28.02.19. Es más: a efectos de proceder a la identificación del receptor y demás ocupantes, quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad. Y, si ha sido posible la identificación del receptor o demás ocupantes, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados.

La agilización de los procesos civiles en el ámbito de la recuperación posesoria viene acompañada de la reforma de otros preceptos, como el art. 150 LEC, al que se añade un párrafo cuarto en línea con lo expuesto, el apartado 3 bis en el art. 437 y un apartado 1 bis en el art. 444, a los mismos fines. Incluso, en su Disposición Adicional, la Ley 5/2018 ordena a las Administraciones públicas competentes establecer medidas ágiles de coordinación y cooperación con los responsables de los servicios sociales, a fin de dar respuesta adecuada y lo más inmediata posible a aquellos casos de vulnerabilidad que se detecten en los procedimientos conducentes al lanzamiento de ocupantes de viviendas

Ahora bien. Pese a la agilización prevista por el legislador civil para garantizar la protección posesoria y su recuperación, no faltan intentos que promueven endurecer significativamente la respuesta penal. Es el caso de la “Proposición de Ley de garantía de la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas”, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en el año 2018. Su íntegro contenido puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 242-1, de 6 de abril de 2018, la. En su Disposición Final Sexta contemplaba una reforma del art. 245 CP que, manteniendo su actual apartado 1 (ocupación violenta), introducía las siguientes modificaciones:

a) Una nueva modalidad típica consistente en la ocupación con fuerza en las cosas, que pasaría al número 2 del mismo artículo, manteniendo la misma regla concursal y la penalidad previstas en el apartado 1, a excepción de la regla de individualización de la pena conforme a la “utilidad obtenida” y “daño causado”, que no se contempla en este caso.

b) La ocupación pacífica, en el numeral 3, pasaría a ser delito menos grave, castigándose con pena de multa de seis a doce meses; lo cual se propone

con la finalidad declarada -según leemos en la Exposición de Motivos- de “evitar, como viene sucediendo de forma ininterrumpida hasta ahora, que el número de viviendas ocupadas siga creciendo incesantemente, igual que lo hace el perjuicio de sus legítimos propietarios”⁹¹. Además, cuando el delito se cometiera con la finalidad de utilizar el inmueble, vivienda o local para realizar otras actividades delictivas, la pena pasaría a ser prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, sin perjuicio de las penas en que pudiera incurrir por los delitos conexos a la ocupación del inmueble.

c) En el numeral 4 se introduciría una nueva modalidad específica dirigida al castigo de quien, con lucro o ánimo del mismo, media o interviene para que otra persona ocupe sin justo título un inmueble, vivienda o local ajenos que no constituyan morada habitual, o para que se mantenga en ellos contra la voluntad de su titular. La conducta se castiga con pena de prisión de uno a dos años y multa de seis meses a un año, sin perjuicio de las penas en que pudiere incurrir por las violencias que en su caso hubieren ejercido con tal finalidad. También contempla una agravación específica para el supuesto de las comúnmente conocidas como “inmobiliarias ocupas”: “Cuando el que cometiere el delito formare parte de un grupo u organización criminal, será castigado, además de con las penas en que incurriere por dicha pertenencia, con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada”.

La nueva tipificación se acompañaba de una reforma de carácter procesal: la inclusión del delito de usurpación del art. 245 (todas sus modalidades, incluida la ocupación pacífica) entre los delitos expresamente previstos para su tramitación por el cauce del Procedimiento Especial de Enjuiciamiento Rápido (“Juicio Rápido”, comúnmente) del art. 795. 1. 2ª LECrim. Y no sólo eso: también se proponía ese cauce procesal para el delito de allanamiento de morada, del art. 202 CP (lo que generaría un problema de colisión de normas, ya que el art. 1.2, d) de la LOTJ contempla este delito como propio de la competencia del Tribunal del Jurado, ámbito para el que no tiene cabida el Juicio Rápido).

Algunos autores se han mostrado abiertamente partidarios de alguna de estas propuestas de reforma. Tal es el caso de Magro Servet, que considera beneficiosa una modificación del actual art. 245.2 para su incriminación

91. La categorización como delito menos grave -art. 13.2 y 33.3 CP- comporta un plazo de prescripción mayor, que pasa de uno a cinco años, lo que evitaría la impunidad de la infracción por prescripción derivada de la saturación y retraso de los juzgados.

como delito menos grave⁹². El mismo autor propone la creación de una nueva medida cautelar específica que permita instar del Juez de Instrucción que conozca de la denuncia por ese delito una medida cautelar urgente dirigida a la inmediata recuperación del inmueble: se trataría de introducir un nuevo apartado en el art. 544 (el *sexies*) de la LECrim, con la siguiente redacción: “En los casos en los que se investigue un delito del art. 245 del Código Penal, el juez o tribunal adoptará motivadamente la medida de lanzamiento en el plazo máximo de 72 horas desde la petición cautelar, en tanto en cuanto, una vez requeridos los ocupantes del inmueble, no exhiban el título posesorio por el que están ocupando el inmueble”. En un segundo párrafo diría: “antes de efectuar el lanzamiento podrán dar cuenta a los servicios sociales municipales a los efectos de facilitar el realojamiento en el caso de que por las circunstancias del caso así se apreciare”.

En nuestra opinión, la configuración de la ocupación pacífica como delito menos grave derivada de la propuesta de endurecimiento punitivo parece orientada en realidad a otros fines. Entre ellos está facilitar la aplicación de la medida cautelar dirigida a la recuperación posesoria inmediata en el proceso penal; pero también posibilitar la detención de los ocupantes sin título (superando la limitación del art. 495 LECrim, que impide la detención por delito leve) y, secundariamente también, la finalidad preventiva especial, ya que queda ampliado el plazo de prescripción de la infracción penal y de cancelación de antecedentes a efectos de reincidencia, amén de su cómputo a efectos de reincidencia.

Entendemos, en fin, que la respuesta penal a la actual situación de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios o viviendas que no constituyan morada no debe ser el endurecimiento punitivo, sino la adopción de medidas específicas en otros campos, singularmente civil y administrativo, estimándose que la reforma de la LEC operada por la Ley 5/2018, de 11 de junio, constituye un primer paso.

92. El autor se muestra favorable con una reforma del art. 7 de la Ley de Propiedad Horizontal que posibilite a los presidentes de comunidades de propietarios para requerir a los ocupantes la cesación de la ocupación, con apercibimiento de inicio de acciones legales, así como para ejercitar éstas instando el desalojo. También se muestra conforme con una modificación del art. 15 de la LO 4/2015, de seguridad ciudadana, que considerara legítima la entrada, registro e identificación de los ocupantes de viviendas u otras edificaciones que no tengan la condición de domicilio en los casos en que su legítimo titular hubiera denunciado la ocupación y existiesen indicios suficientes de la posibilidad de utilización de aquéllas con fines delictivos. Magro Servet, Vicente: “La inminente reforma civil y penal en materia de *okupación* de inmuebles”. Diario La Ley núm. 9204, Sección Doctrina, de 24.05.18. Editorial WoltersKluwer.

Bibliografía consultada

Aragonés Seijo, Santiago: “La ineficacia del delito de usurpación para el perjudicado: algunas ventajas del proceso civil”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm. 760. Marzo 2017.

García de Herrera Fernández, Jorge. “Notas prácticas acerca del delito de usurpación de viviendas. Especialidades en los casos de viviendas de protección o titularidad pública”. El Consultor de los Ayuntamientos, N° 1, Sección Opinión / Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Ene. 2017, Ref. 56/2017, pág. 56, Editorial WoltersKluwer.

Hernández García, Javier “La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario”. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, CGPJ 2005.

Herranz Castillo, Rafael: “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda” Actualidad Jurídica Aranzadi num. 435 Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2000.

Jiménez París, José Miguel: “Okupación vs ocupación: ¿dos realidades distintas para un mismo tipo penal?”. La Ley Penal núm. 125. Sección legislación aplicada a la práctica. Marzo-abril 2017. Editorial WoltersKluwer.

Magro Servet, Vicente: “La inminente reforma civil y penal en materia de *okupación* de inmuebles”. Diario La Ley núm. 9204, Sección Doctrina, de 24.05.18. Editorial WoltersKluwer.

Morales Prats, Fermín: “Los delitos contra la intimidad en el Código Penal de 1995: reflexiones político-criminales”. Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial). Colección: Estudios de Derecho Judicial, vol. 2, año 1996. CGPJ.

Muñoz Conde, Francisco: “Derecho Penal. Parte Especial”. 21ª edición (pág. 370) Tirant lo Blanch. Año 2017.

Queralt Jiménez, Joan J: “Derecho penal español. Parte Especial”. 2015, 1ª edición. Ed. Tirant lo Blanc.

Rodríguez Padrón, Celso: “La protección penal del domicilio”, en “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II”. Cuadernos de Derecho Judicial, Vol 1, año 1998. Consejo General del Poder Judicial.

Solaz Solaz, Esteban: “La usurpación pacífica de inmuebles y sus consecuencias”. La Ley Peal, nº 141, Sección Estudios, noviembre-diciembre 2019. Editorial WoltersKluwer.

4.4. DE CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO.

La adquisición de vivienda financiada con préstamo hipotecario

INDICE

- I.- Presentación y normativa.**
- II.- Nota sobre el ámbito de aplicación de la ley 5/2019.**
- III.- El examen de la solvencia del futuro deudor.**
 - La tasación.**
 - La política de retribución del personal al servicio del prestamista.**
- IV.- La información precontractual.**
 - Notas de bibliografía**

I.- PRESENTACIÓN Y NORMATIVA.

Quien desee financiar la adquisición de una vivienda acudirá, en la gran mayoría de casos, a un Banco o entidad de crédito. También puede acudir a prestamistas no bancarios. En uno y otro caso puede solicitar los servicios de un intermediario financiero.

El modo de proceder y la actuación de los diferentes sujetos en todos estos casos ha sido objeto de regulación por la ley 5/2019, de 16 de marzo, en vigor desde el 16 de junio de 2019, promulgada para trasponer al Derecho español la Directiva 2014/17/UE, si bien las normas de la ley han regulado muchas más cosas de las exigidas por la trasposición.

La concesión de préstamos bancarios se venía regulando por la OM de 28.10.2011, a falta de norma de rango superior. Esta OM tenía su apoyo legal en un breve artículo de la ley de economía sostenible (ley 2/2011, de 4 de marzo) y sustituyó a la más breve y menos precisa OM de 5 de mayo de 1994, si bien ésta representó un gran paso en su día. Actualmente se regula por la ley 5/2019, que ha sido desarrollada, a nivel reglamentario, por el R.Decreto 309/2019, de 26 de abril. El contenido del RD se limita a normas sobre los servicios de asesoramiento y de asesoramiento independiente, requisitos para el registro de los prestamistas, información que debe facilitarse al prestatario durante la vigencia del préstamo (arts. 6 a 10), requisitos de los medios tele-

máticos para la remisión de documentación por el prestamista al notario (art. 11) y procedimiento desde la remisión hasta el acta previa notarial (art. 12).

La OM de 28.10.2011 ha sido modificada, aunque sólo en algunos apartados, por la OM ECE/482/2019, de 26 de abril (misma fecha que el RD 309/2019). Crea un capítulo (el “II bis”) dedicado a la hipoteca inversa, modifica el anexo I dedicado a la FIPRE (ficha de información previa), y sustituye todo el anexo II, antes dedicado a la FIPER (ficha de información personalizada), ahora dedicado a la FiAE (ficha de advertencias estandarizadas). Nos referimos a estos documentos en el apartado IV del presente comentario. Esta OM se considera ahora el desarrollo reglamentario de la ley 5/2019, en todo lo que no resulte contrario a la propia ley ni al RD 309/2019, según dispone la DT 1ª de éste.

La actividad de prestamistas no bancarios y de intermediarios financieros fue objeto de la ley 2/2009 que, no obstante, dejó sin regular materias importantes, y ahora, además, por la ley 5/2019 y la normativa de desarrollo de ésta que acabamos de reseñar. La ley de 2009 subsiste en lo que no haya sido modificado por la de 2019.

En este comentario vamos a tratar de la regulación de la fase precontractual de esos supuestos de financiación. Los dos aspectos básicos son el análisis de la solvencia del futuro deudor, que incluye lo relativo a la tasación y la política de retribución del personal al servicio del prestamista, y la información que el acreedor debe suministrar al potencial deudor relativa al contrato que se suscribirá con carácter previo a éste, tanto en lo referido al contenido como al procedimiento de entrega.

Nos centraremos, no obstante, en el primer aspecto y trataremos el segundo de forma breve, dado que a éste hemos dedicado ya otros estudios.

Es cosa sabida que antes de la crisis iniciada el año 2007 se concedían muchos préstamos por Bancos sin una evaluación responsable del riesgo y con tasaciones influenciadas, que se ajustaban a un determinado valor con objeto de poder conceder el préstamo y poder asimismo titularlo para negociarlo en el mercado secundario. Así se financiaron precios de vivienda muy elevados para deudores con poca capacidad de generar ingresos y/o que perdieron sus trabajos con la llegada de la crisis. Por ejemplo, en los años 2006 a 2008 era frecuente comprar pisos en el barrio palmesano de Son Gotleu (barrio de gente modesta, con gran proporción de inmigrantes) por precios entre 150.000 y 200.000 euros, cuando cuatro o cinco años antes de empezar la crisis se vendían por 50.000-60.000 euros. La concesión del

préstamo se basó, en gran parte, en el valor del piso hipotecado, sobre el presupuesto, implícito, de que el valor no bajaría o incluso seguiría subiendo. Pero cuando estos deudores se encontraron sin trabajo o se produjo una separación matrimonial o de pareja (muchas veces con abandono de uno de los cónyuges o convivientes “sin dejar rastro”) no pudieron vender su vivienda hipotecada porque la misma crisis paralizó las compraventas. No había nadie que comprara el piso ni por 50.000 euros. Sabemos de un Banco que, para vender pisos que se había adjudicado en subasta -tras ejecuciones hipotecarias- en la zona de la C. Reyes Católicos, los fue vendiendo por 10.000 euros porque no encontró a nadie que pagara más. Se dieron todos los elementos para la ejecución hipotecaria. Y en las ejecuciones, las adjudicaciones a favor de los acreedores se realizaban por valores que no cubrían la deuda. Por si fuera poco, quien tuvo la suerte de poder vender lo hizo por un precio mucho más bajo del precio de compra. Así, tanto en caso de ejecución como de venta, los deudores, en la gran mayoría de casos, no pudieron saldar sus deudas y además se quedaron sin medios económicos para poder comprar otra vivienda y sin solvencia para obtener un nuevo préstamo que permitiera comprar otra o refinanciar su pasivo.

A primera vista, el Banco tiene que ser el primer interesado en contratar con clientes solventes, pero la práctica ha demostrado que los objetivos comerciales han primado. Y mucho.

Las normas administrativas sobre control de solvencia de la Banca existían y existen, pero también han sido insuficientes. No sólo porque la supervisión administrativa no se ha realizado, ni se seguirá realizando como toca, sino porque las sanciones administrativas no son suficientes. Un botón de muestra de lo primero: a fecha actual (febrero de 2020) ni siquiera se ha creado en nuestra C.A., ni está previsto que se haga, el Registro de prestamistas no bancarios previsto en el art. 3 de la ley 2/2009 (¡que entró en vigor el 2 de abril de 2009!) que es el requisito previo para que la CA pueda ejercitar sus obligaciones de supervisión.

La Banca puede, de hecho, contratar con gran riesgo de insolvencia y contrarrestar, hasta cierta medida, ese riesgo, dotando provisiones. Además, el tipo de interés en contratos a clientes menos solventes ha sido siempre más alto, lo que ha dado más beneficio a la Banca (mientras esos clientes han podido pagar). Y la Banca ha trasladado a terceros su riesgo, con la titulización de los préstamos; es cierto que para ello se exigía que el capital concedido no excediera del 80% del valor de tasación de la vivienda, pero... el problema se arreglaba manipulando las tasaciones. Sólo el ejercicio en masa de reclamaciones civiles (no las sanciones administrativas), muy favorecido

por tesis jurisprudenciales (algunas un tanto discutibles), empezó a cambiar las conductas a partir del año 2013.

Esta situación contribuyó a la expansión de prestamistas privados e intermediarios financieros, que ofrecían préstamos para refinanciar deudas. Estos prestamistas ofrecían tipos de interés muy altos y plazos muy breves para la devolución. Si el cliente no podía renovar el plazo a su vencimiento, o el prestamista no lo permitía, la ejecución era inevitable.

Una consecuencia: el “sistema” permitió que hubiera inversores inmobiliarios que usaron el préstamo para adquirir inmuebles, o sea, concediendo préstamos a sabiendas de que no se podrían pagar (o con una alta probabilidad de impago) para llegar a la subasta y adquirirlos mediante puja por tercero interpuesto o por el propio acreedor en adjudicación tras quedar desierta la subasta. No todos, ciertamente.

Los intermediarios ponían en contacto a clientes no sólo con prestamistas personas físicas, sino sobre todo con sociedades que se especializaron en este tipo de operaciones (Cetelem, General Electric Capital Bank, etc). Prolifera- ron las empresas reunificadoras de deudas. No era su objetivo, o el de la mayoría de ellas, adquirir inmuebles. En mi trayecto diario desde Pº de Mallorca a C. Protectora, en el centro de Palma (unos 200 metros), había tres oficinas de entidades distintas el año 2013. No queda ninguna. La mayoría han desaparecido porque no han podido soportar la morosidad de sus clientes.

Los intermediarios ejercían sin regulación específica hasta la ley 2/2009, de 31 de marzo. Esto permitió una gran opacidad en sus contratos, no sólo en la retribución que pudieran recibir de los prestatarios, sino el cobro de comisiones y, sobre todo, en las retenciones que practicaban sobre los capitales a entregar para hacer pagos poco especificados; también permitió el ejercicio de la actividad por gran cantidad de sujetos sin competencia profesional y el asesoramiento hipotecario por inmobiliarias, interesadas en vender y conseguir a sus compradores una financiación rapidísima a cualquier coste. “Tu piso en 24 horas” se podía leer en las cristaleras exteriores de una oficina inmobiliaria de la Av. Argentina de Palma. ¿Cuánto tiempo de esas 24 horas se dedicaría al examen de la solvencia del comprador?

Con cierto retraso se fueron promulgando normas de Derecho privado para intentar resolver estos problemas.

En la fase de contratación, la regulación del examen de la solvencia, tasaciones y política de personal al servicio de los acreedores, así como del

contenido de la información pre-contractual y del contenido de los contratos se contiene en la OM de 28.10.2011 y, a nivel legal, en la ley 5/2019. No se había regulado esto, sin embargo, para prestamistas no bancarios en la ley 2/2009.

En la fase de ejecución:

-Posibilidad de examen judicial de cláusulas abusivas, desde la ley 1/2013, modificada por la ley 5/2019.

-Nueva regulación del vencimiento anticipado: primero por la ley 1/2013 y posteriormente por la ley 5/2019.

-Código de buenas prácticas. R.D.-Ley 6/2012, de 9 de marzo, modificado por la ley 5/2019: regula la posibilidad de pactar un período de carencia de amortización de capital, la reducción del tipo de interés, ampliación del plazo, quitas, e incluso una dación en pago. Se aplica a personas que cumplan los requisitos que establece el propio R.D.-Ley.

En el ámbito de Derecho público debe citarse, por su influencia en el Derecho privado, el art. 69ter de la ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en la redacción dada por el R.D.-Ley 22/2018 de 14 de diciembre: “Con el objetivo de evitar el aumento excesivo del riesgo bancario o el endeudamiento excesivo de los agentes económicos, el Banco de España podrá determinar el establecimiento de límites y condiciones sobre la concesión de préstamos.”

II.- NOTA SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019.

El ámbito de aplicación es una de las cuestiones más difíciles de la ley 5/2019.

Como muestra:

No es una ley sólo para consumidores.

Tampoco se aplica sólo cuando el préstamo es para financiar la adquisición de una vivienda.

La cualidad de “vivienda habitual” del deudor no tiene ningún efecto especial en la nueva ley.

Sí se puede aplicar, según se interprete, a préstamos a empresas para financiar sus actividades empresariales si interviene algún consumidor como avalista o garante.

Hay preceptos que se aplican sólo a consumidores, pero no a todos los que según el Derecho español vigente son consumidores (ya que en el Derecho español hay personas jurídicas que pueden ser consumidores).

Otros preceptos se aplican a todo tipo de personas físicas, sean o no consumidores.

Desde el punto de vista del acreedor, la ley 5/2019 se aplica a entidades de crédito y, además, a toda persona física o jurídica que conceda préstamos en el ámbito de su actividad profesional, y también a cualquier persona física o jurídica que lo haga de manera ocasional, siempre que en este último caso, haya una finalidad inversora y se trate de un préstamo hipotecario. La “finalidad inversora” es una originalidad del Derecho español respecto de la Directiva, que amplía el ámbito de aplicación de la normativa, con buena intención (introducida en la fase de elaboración parlamentaria pues no figuraba en el proyecto del Gobierno), pero regulada con una total imprecisión de límites.

Hay finalidad inversora en los casos en que la entrega del capital va a permitir al prestamista obtener una ganancia que supere el coste de esa “inversión”, aun en términos de lucro cesante (sólo si hay hipoteca, repetimos). Esto amplía el ámbito de la ley a muchos más casos de los que a primera vista parece. Una consecuencia: un particular –no profesional- no va a poder cumplir los requisitos que la ley impone al prestamista (registro, seguro de responsabilidad civil, formación, etc.), lo cual deja a este tipo de operaciones fuera de la ley.

En el término “préstamo” se entienden incluidos, conforme a la Directiva, el crédito, el pago aplazado, y las facilidades de pago (apartado 3 del art. 4 de la ley).

Desde el punto de vista del deudor, la ley española se aplica a personas físicas, sean o no consumidores, en los casos del art. 2.1.a) de la ley y sólo a personas físicas consumidores en los casos del art. 2.1.b). La diferencia principal entre los supuestos del apartado a) y los del apartado b), aparte de la subjetiva, radica en el tipo de contrato y el objeto de éste.

En el apartado a) tiene que haber hipoteca u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. Es irrelevante el carácter habitual

de la vivienda. También es irrelevante que la finalidad del préstamo sea la adquisición de la vivienda que se hipoteca.

El apartado b) se refiere a préstamos o créditos “cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir” pero siempre que el deudor, o el fiador o el garante sea un consumidor persona física.

Es consumidor quien actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, según el art. 3 del TR de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (RD legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Una STS de 7 de noviembre de 2017, reiterando jurisprudencia del TJUE, resolvió que no es consumidor quien tenga vínculos funcionales con una sociedad, de forma que no puede serlo el administrador persona física que afianza un préstamo concedido a la sociedad de la que es administrador.

En los supuestos del apartado b) es irrelevante si hay o no garantía, personal o real (o sea, puede haberla, y tener por objeto vivienda u otro tipo de inmueble) y se plantea el problema de si el inmueble que se va a adquirir o conservar tiene que ser de uso residencial. Una Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 se ha pronunciado en sentido negativo, postura ésta que, en nuestra opinión, es de lamentar porque amplía el ámbito de aplicación de la ley a supuestos insospechados. Por ejemplo, al préstamo hipotecario sobre un local concedido a una sociedad que es avalado por el padre del administrador.

Tanto en el apartado a) como en el apartado b), la persona física puede ser deudor, fiador o garante. En cualquiera de los tres supuestos se aplica la ley 5/2019.

Es decir, si hay préstamo con hipoteca sobre vivienda, la ley se aplica siempre que el deudor (o fiador o garante, si los hay) sea una persona física, aunque no sea un consumidor. Y si el deudor (o fiador o garante, si los hay) es un consumidor persona física, la ley se aplica a todo préstamo, con o sin garantía, siempre que tenga como fin adquirir o conservar un inmueble (residencial, en nuestra opinión). Si no tiene esta finalidad, nos salimos del ámbito de la ley 5/2019 y el préstamo se registrará por la ley de contratos de crédito al consumo. Parece ya pacífico que el término “conservar” no se refiere a reformar o rehabilitar, sino a conservar la propiedad (en sentido jurídico, no físico).

No nos extendemos más sobre esta materia por exceder del tema de este comentario.

III.- EL EXAMEN DE LA SOLVENCIA DEL FUTURO DEUDOR.

La obligación de evaluar la solvencia del futuro deudor se contempla por la ley en los arts. 11 y 12, complementados, en cuanto a la tasación, por el art. 13, y en cuanto a la política de retribución del personal al servicio del acreedor, por el art. 18.

La regulación del examen de la solvencia anterior a la ley 5/2019 se contenía en el art. 18 de la OM de 28.10.2011 y era aplicable con carácter general a todo tipo de préstamos y créditos por entidades de crédito, no sólo a los regulados especialmente por la OM en otro capítulo. No se aplicaba, por tanto, a prestamistas no bancarios. Respecto de éstos, se regían “sólo” por la ley 2/2009, pero esta ley no regulaba el examen de la solvencia. La base legal de este art. 18 de la OM era el art. 29 de la ley de economía sostenible (ley 2/2011, de 4 de marzo), que imponía a las entidades de crédito evaluar la solvencia sobre la base de una información suficiente.

La regulación de la OM de 2011 no ha sido formalmente modificada hasta la fecha y sigue vigente en todo lo que no sea contrario a la ley 5/2019. Según su art. 18, que es sin duda conforme a esta ley, la entidad de crédito, antes de celebrar el contrato, tenía y tiene que “evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos la información facilitada por el propio cliente”.

La evaluación se refiere al menos a:

-La situación de empleo, ingresos (su variabilidad e incluso el nivel previsible de ingresos tras la jubilación), patrimonial y financiera. Se imponía consultar la CIR del Banco de España así como los ficheros de solvencia patrimonial y crédito a que se refiere el art. 29 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos.

-La capacidad del cliente, y garantes, de cumplir sus obligaciones de pago, teniendo en cuenta sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.

-En caso de interés variable, había que valorar cómo afectaría a la capacidad del cliente de cumplir con su obligación de pago.

-En caso de garantías reales, se exigía “la valoración prudente de tales garantías, mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.” Y los criterios para la concesión deben basarse preferentemente en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago “y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía”.

-En caso de suscripción de seguros de amortización, tal suscripción no podrá sustituir la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente.

La entidad tiene obligación de contar con procedimientos internos para la evaluación de solvencia, que tenía que revisar periódicamente, así como mantener registros actualizados de dichas revisiones.

En caso de rechazar la concesión por solvencia insuficiente basándose en la consulta de ficheros, la entidad informará al cliente del resultado de dicha consulta.

Entre paréntesis nos podemos preguntar: si todo esto estaba vigente desde el año 2011 ¿por qué en los años siguientes se ha evaluado de manera tan irresponsable la solvencia de los deudores?

Como se verá, la normativa de la Directiva europea, y la contenida en la ley 2/2019, son muy parecidas a la de esta OM, hasta el punto de que llevan a hacer pensar que la trasposición al Derecho español de la norma europea no (apenas) ha innovado lo que ya había.

Finalmente, la OM dispone que la evaluación de la solvencia se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación, “en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.”

Esto sí hay que entenderlo modificado por la ley 5/2019, en los términos que en seguida explicaremos.

¿Qué exige la Directiva de 2014/17/UE?

La Directiva regula el examen de la solvencia en los arts. 18 a 20, aplicables a los contratos que la propia Directiva regula. El art. 4 la define como “evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito.”

El art. 18 impone evaluar en profundidad la solvencia del consumidor. La evaluación “no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencial que exceda del importe del crédito o en la hipótesis de que el valor de dicho bien inmueble aumentará”, salvo que la finalidad del préstamo sea la construcción o renovación. La evaluación se basará en la información relativa a “los ingresos y gastos y otras circunstancias financieras y económicas del consumidor”.

Como se ve, se trata sólo de principios de actuación. No hay medidas concretas sobre los elementos que hay que tomar en consideración. Ello queda a la regulación de los Estados. La normativa de la OM de 2011 ya permitía considerar, a nuestro juicio, que el Derecho español no necesitaba adaptación en lo referido a las actividades de evaluación.

Los procedimientos de evaluación tienen que documentarse y actualizarse. Sin embargo, la Directiva no los regula.

El prestamista no debe anular o modificar el contrato en perjuicio del consumidor debido a que la evaluación de la solvencia no se haya efectuado correctamente, salvo que demuestre que el consumidor ha ocultado o falsificado conscientemente la información.

El prestamista tiene que informar “de antemano de su intención de consultar una base de datos”.

En caso de denegación, hay que informar, en su caso, que la denegación procede de un tratamiento automático de datos. Si la denegación se basa en la consulta de una base de datos, hay que informar del resultado y de los “pormenores de la base de datos consultada.”

El art. 18.6 impone una nueva evaluación de la solvencia “antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de crédito”.

Recordamos que la Directiva, en esta materia, como en casi todas la que regula, sólo es una norma de mínimos.

¿Qué dispone la ley 5/2019?

La ley 5/2019 regula el examen de la solvencia en los arts. 11 y 12, que se aplican sólo a los contratos sujetos a la ley 5/2019, pero se aplican tanto a los contratos concertados por entidades de crédito como a los concertados por

prestamistas no bancarios. La extensión del ámbito de aplicación, exigida por la Directiva, sujeta a todo tipo de prestamistas a las mismas normas en lo que se refiere a esta materia.

Se exige al prestamista “evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante” (art. 11.1). Se trata de verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo. Entre otros factores a tener en cuenta, señala “la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos”. Es un listado no exhaustivo.

En su caso, también hay que valorar el nivel previsible de ingresos a percibir durante la jubilación. En los casos en que haya garantía real, la evaluación de la solvencia “no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará”, salvo que la finalidad del préstamo sea la construcción o renovación de inmuebles de uso residencial.

En nuestra opinión, todo esto lleva a concluir que el examen de la solvencia tiene que ser personalizado y que no puede basarse sólo en un tratamiento automatizado de datos (“credit scoring”). El credit scoring no está, ni mucho menos, prohibido, pues el art. 11.6 de la ley lo contempla e incluso parece que permite que sea la base de la decisión (lo que nos parece excesivo). Se trata de la aplicación de una fórmula estadística que se basa en la situación financiera del cliente y su historia crediticia personal. Es muy objetivo pero se basa más en datos pasados que actuales y no tiene en cuenta circunstancias personales del cliente.

El examen de la solvencia es una obligación legal. No puede dejar de hacerse ni hacerse de manera menos rigurosa a la prevista. Siempre, claro está, que el prestamista esté dispuesto a iniciar actuaciones tendentes a una posible concesión del préstamo al solicitante.

En consecuencia, el examen no puede suplirse por un seguro de amortización del préstamo. Si éste se contrata, lo será por otras razones.

El coste de los “procedimientos” para llevar a cabo la evaluación de solvencia “en ningún caso podrá repercutirse al potencial prestatario” dispone el art. 11.2 de la ley. Sin embargo, esta norma contrasta con la del art. 14.4, que parece permitir incluir este coste en la comisión de apertura. El art. 14.4 dispone: “Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará

una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo.” Esta frase es tan genérica que incluye cualquier coste. También hay que tener en cuenta que el apartado e) del art. 14.1 dispone que “los gastos de tasación del inmueble corresponderán al prestatario”.

¿Entonces?

En opinión de Cabanas Trejo, el coste no podrá repercutirlo el prestamista al futuro deudor “en el sentido de cobrárselos, aunque el préstamo no llegue a formalizarse, pero como gastos de estudio pueden incluirse en la comisión de apertura.” (1)

En nuestra opinión, lo que se deduce de la lectura de ambas normas es que si el resultado del examen es negativo y el préstamo no se concede y, por tanto, el prestamista no podrá cobrar comisión de apertura, el coste del examen tiene que ser soportado por el prestamista. Pero si el préstamo se formaliza, el prestamista puede repercutir el coste (en la comisión de apertura). La contradicción entre el texto de una y otra norma es insalvable si se pretenden aplicar al supuesto de préstamo concedido. Por eso, hay que concluir que el art. 11 dice menos de lo que resulta de su tenor literal.

El examen de solvencia tiene que realizarse también al fiador, lo cual es coherente, e incluso, según el art. 11, al garante. Esto hay que entenderlo limitado a la tasación del bien ofrecido en garantía, porque el garante no deudor (ni fiador) no tiene ninguna otra responsabilidad. Tiene el mismo criterio Marín López (2), para el cual la decisión de evaluar la solvencia del garante es “incorrecta”. Una postura más matizada –aunque creemos que en el fondo es la misma– es la de Cabanas Trejo, quien ha escrito que “una valoración global de la capacidad del garante para devolver el préstamo quizá resulte excesiva”. (3) En contra, Zunzunegui Pastor, para quien “en el alcance de su garantía, el fiador o garante se encuentran en la misma posición de sobreendeudamiento” aunque la solvencia del garante no sea determinante para la evaluación positiva del prestatario y la correspondiente concesión del crédito. (4) No compartimos esta última postura, pues la solvencia del garante no es que no sea determinante, es que es irrelevante y, por consiguiente, el sentido práctico lleva a no evaluarla (¿para qué?).

Según el art. 12, los prestamistas (e intermediarios y los representantes de éstos) tienen que especificar “de manera clara y directa” la información necesaria y las pruebas que el cliente debe aportar, así como el plazo en que

deba hacerlo. Las pruebas tienen que ser comprobables independientemente. La información solicitada tiene que ser “proporcionada y limitada a lo necesario” y respetar los límites establecidos en la normativa de protección de datos. El art. 20 de la L.O. 3/2018, de 5 de diciembre (de protección de datos personales) presume lícito el tratamiento de datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias por sistemas de información crediticia, entre otros casos, cuando los datos sólo puedan ser consultados por quien mantiene una relación contractual con el afectado como sucede, entre otros supuestos, en los previstos en la legislación de contratos de crédito al consumo y de contratos de crédito inmobiliario.

Hay obligación de consultar el historial del cliente en la CIR del Banco de España. No está del todo claro si, además, es obligatorio a alguna de las entidades privadas de información crediticia; literalmente, parece que sí. La Directiva no impone ninguna consulta. Se limita a permitir las. Pero nada obsta a que los Estados la impongan.

La DF 7ª de la ley 5/2019 ha modificado los arts. 60 y 61 de la ley 44/2002, de 22 de noviembre de 2002 para permitir a todos los prestamistas inmobiliarios e intermediarios de crédito inmobiliario (o sea, no sólo entidades de crédito) el acceso a esa información.

La Directiva dispone que el prestamista tiene que informar al cliente con carácter previo acerca de la consulta a bases de datos. Esto no aparece en la ley 5/2019. Pero, como dice Marín López, tiene que hacerse así porque lo exige el Reglamento europeo de protección de datos (Reglamento 2016/679, de 27 de abril), que es norma directamente aplicable en España. (5)

Una vez concedido el préstamo, el prestamista “podrá” comunicar a estas entidades privadas el importe, fechas de inicio y de vencimiento, importes pendientes de pago, tipo de préstamo, garantías existentes y valor de éstas y otros datos que pueda establecer el Ministerio de Economía.

Los prestamistas tienen que contar con procedimientos internos para llevar a cabo la evaluación de la solvencia, que deben ser revisados periódicamente. La revisión se supervisará por el Banco de España o autoridades autonómicas correspondientes. La supervisión es algo que no estaba en la OM de 2011; es una de las pocas cosas que aporta la ley 5/2019.

La ley no dice nada acerca de los procedimientos. Algo de esto se contempla, no obstante, en la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de

estados financieros, que ha recogido criterios de la Autoridad Bancaria Europea (en inglés, “EBA”). Señala que el prestamista debe comprobar la renta del cliente procedente de sus negocios o fuentes de renta habituales, verificando la capacidad de generar ingresos y su historial. Debe tener en cuenta los gastos comprometidos, incluidos los de subsistencia del futuro deudor; y debe tener en cuenta escenarios futuros negativos, incluyendo la reducción de renta en la jubilación.

Nada exige un porcentaje determinado de relación entre ingresos del deudor y capital concedido (ratio DTI, o “debt to income”). La DF 15ª remite al desarrollo reglamentario la fijación de “la adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo”. Ese desarrollo no es obligatorio, sino potestativo, y a fecha actual no se ha hecho. En consecuencia, la toma de consideración de esta ratio queda en manos de cada prestamista.

La Circular 5/2012 de 27 de junio, del Banco de España, que desarrolló la OM de 28.10.2011 tiene un anexo VI sobre métodos y procedimientos para evaluar la solvencia. Entre otras cosas, señala que los prestamistas deben observar una relación máxima entre renta recurrente del deudor que proceda de sus ingresos más habituales y el pago de todas sus deudas conocidas. Y en ningún caso la renta disponible después de atender al pago de todas las deudas conocidas podrá suponer una limitación notoria para cubrir decorosamente los gastos de vida familiar.

Pero no deja de ser algo necesitado de concreción en cada caso particular.

Compartimos la opinión de Marín López relativa a que no hay un procedimiento reglado ni un mecanismo concreto para determinar si el potencial prestatario es o no solvente. Por eso, resulta bastante complicado averiguar si el prestamista ha incumplido o no su obligación de evaluar la solvencia. (6)

La ley española se ha “olvidado” trasponer la norma de la Directiva que exige documentar los procedimientos. La DF 15ª lo remite a un desarrollo reglamentario, aunque sólo en cuanto a la obtención de datos y el acceso a bases de datos, pero tal desarrollo no se ha hecho. El RD 309/2019 no ha regulado esta materia. En todo caso, en la práctica, se realiza por escrito y se conserva.

El art. 11.6 regula la comunicación de la denegación del préstamo. Hay que informar por escrito. Esta información no es el informe que el prestamista

tiene que realizar sobre la solvencia. El prestatario no tiene por qué recibir el informe ni hay norma que le dé derecho a pedirlo, tanto si el informe es positivo como negativo.

La denegación tiene que ser motivada y, en su caso, hay que informar que la denegación procede de un tratamiento automático de datos. Si la denegación se basa en la consulta de una base de datos, hay que entregar al cliente una copia del resultado, informar del resultado y de los “pormenores de la base de datos” como el nombre, responsable y el derecho del cliente de acceder y rectificar los datos.

No se contempla en las normas una posibilidad del cliente de reaccionar contra la denegación. Quizá es por realismo. En la práctica, no hay manera de que el deudor pueda hacer algo. En realidad, el prestamista no tiene ninguna obligación de conceder el préstamo.

En caso de que el resultado de la evaluación sea positivo no hay obligación del prestamista de contratar. Es decir, tal decisión del acreedor no tiene que obedecer, en caso de resultado positivo de la evaluación, a una causa justificada. El Considerando 57 de la Directiva 2014/17/UE señala que el resultado positivo de la evaluación de solvencia “no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito”.

Si el resultado de la evaluación de la solvencia es negativo, el prestamista no debe conceder el préstamo. Así resulta del art. 11.5 de la ley: “El prestamista sólo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato”. La mayoría de autores que ha tratado el tema han entendido que en caso de evaluación negativa, así procede actuar. Cuenca Casas, no obstante, ha señalado que “el precepto no impone el deber de denegar el préstamo aunque la evaluación sea negativa”. (7) No podemos compartir esta opinión.

Ahora bien ¿qué ocurre si lo concede?

En la práctica es posible porque el resultado del examen no sale del establecimiento del prestamista. Sin embargo, se habrá incumplido el art. 11.5 de la ley. Es lamentable que ni la Directiva ni la ley 5/2019 hayan fijado consecuencias civiles a este incumplimiento. La Directiva se ha limitado a señalar, en su art. 38.1, que los Estados miembros “establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas sobre la base de la presente Directiva y adoptarán

todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Estas sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.”

Se podía haber dispuesto una pérdida de intereses (así ocurre en Derecho francés, belga y alemán) y/o la imposibilidad de ejecución de la hipoteca por el procedimiento especial de los arts. 681 y ss LEC u otras medidas sancionatorias. Hubo enmiendas en este sentido durante la tramitación parlamentaria, pero no pasaron al texto definitivo de la ley.

Pero el incumplimiento por el prestamista de una obligación legal, ¿acaso no va a afectar a su derecho a exigir del deudor el cumplimiento íntegro de las obligaciones de éste?

Algún autor, como Fernando Zunzunegui, ha señalado que el prestatario puede resolver el contrato al amparo del art. 11.4, interpretado “a contrario”, o bien ejercitar una acción de anulabilidad por error en el consentimiento, ya que la información del grave riesgo que asume al contratar con una evaluación negativa es una información esencial, “cuya ausencia bien puede fundar una acción de anulación por error vicio”. También puede ejercitar una acción indemnizatoria, ex art. 1101 CC (responsabilidad contractual, no extracontractual), si se le ha ocasionado un daño. El daño puede medirse por la diferencia entre “la situación en que se encuentra el prestatario y la que se encontraría de no haber incumplido el prestamista sus obligaciones”. (8) O sea, el daño que el deudor no habría padecido si no hubiera celebrado el contrato.

Marín López, por el contrario, no admite la acción de anulabilidad “pues no concurren en el prestatario los requisitos del error o del dolo”. En su opinión, tampoco la acción indemnizatoria, pues no resulta claro que haya daño al cliente. Si el deudor va cumpliendo sus pagos, no sufre daño alguno, a pesar de que el prestamista haya incumplido su deber de evaluar. Si el deudor incumple, no se debe a ninguna conducta del prestamista. Y el prestatario también tiene que ser responsable de sus actos. (9)

En nuestra opinión, apoyar una facultad resolutoria del contrato por el prestatario en la interpretación a contrario del art. 11.4 es demasiado forzado. Ni la letra ni el contexto ni la finalidad de la norma parecen permitirlo. La alegación de error en el consentimiento, que también resulta muy forzada, prescinde completamente de examinar la responsabilidad del propio prestatario (alguna tendrá). Y en cualquier caso hay que tener en cuenta que tanto la resolución como la anulación, en caso de estimarse, van a resultar totalmente contraproducentes para el deudor, ya que le obligarán

a devolver anticipadamente el capital. En fin, además de los inconvenientes teóricos, son vías que ningún práctico puede recomendar.

Respecto de la acción indemnizatoria, nos resulta extremadamente difícil apreciar una causalidad entre la mala evaluación de la solvencia y el incumplimiento por el deudor de su obligación de pago. El daño al deudor es causado por su incumplimiento. ¿Acaso lo causa la mala evaluación de la solvencia? Cabe citar aquí el Considerando 56 de la Directiva en cuanto señala que “la evaluación de la solvencia no debe implicar que se transfiera al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que éste incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito.”

Dicho esto, hay que añadir que la ley española debería haber dispuesto alguna sanción civil al prestamista. El contrato seguiría subsistente, pero por ejemplo el acreedor tendría que devolver la comisión de apertura y todos o una parte de los intereses, o dejar de cobrar éstos para el futuro. Pero la sanción civil sólo procederá si el deudor no puede cumplir por circunstancias que ya estaban presentes en el momento de la concesión del préstamo. Sin norma que establezca sanción, es muy difícil imponerla.

En la ley 5/2019 sólo hay sanciones administrativas (vid. art. 46), que por cierto sólo se aplican a entidades de crédito. Diversos autores que han tratado del tema consideran las sanciones administrativas poco disuasorias. (10)

Compartimos plenamente esta opinión.

¿Qué ocurriría en el caso contrario? O sea, si el potencial deudor ve denegado su crédito por una evaluación negativa mal realizada.

En opinión de Zunzunegui, quien se vea privado de crédito por una incorrecta evaluación negativa, que, de haber sido correcta, hubiera tenido un resultado positivo, puede reclamar daños y perjuicios al amparo del art. 1902 CC (responsabilidad extracontractual). (11)

Esta postura parece olvidar que el prestamista no tiene obligación de contratar. En cualquier caso, el deudor a quien no le concedan el préstamo solicitado no va a tener, en la práctica, incentivos para demandar a ese Banco. ¿Quién empezará un pleito por esto? (adelantando fondos a abogados y procuradores, sin ninguna certeza de que la contraparte vaya a resultar acabando condenada en costas).

Y no se olvide, como hemos dicho más arriba, que va a resultar difícil valorar la actividad evaluadora del Banco si el resultado de ésta no es “llamativo”.

La regulación de los requisitos del examen de la solvencia se complementa con la norma del art. 11.4: “la incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información.”

¿Qué significa exactamente?

El acreedor puede pedir la resolución del contrato si el deudor ha actuado con dolo. Pero si el deudor no se aviene, tendrá que interponer una demanda de juicio declarativo. No obstante, ello no tendrá ningún interés para el acreedor. Como dice Marín López, si el deudor paga, el acreedor no tiene ningún incentivo para atacar el contrato. Y si no paga, puede pedir el vencimiento anticipado y ejecutar la hipoteca por el procedimiento especial, sin necesidad de juicio declarativo. (12)

La norma dice que el acreedor podría en tal caso pedir la modificación del contrato. Esto tiene que referirse a un ajuste del capital, para rebajarlo y adecuarlo así a la solvencia acreditada. Es un supuesto inédito. Y creemos que lo seguirá siendo.

La pregunta se plantea también en caso de que el mal examen de la solvencia sea imputable al acreedor. En tal caso, el acreedor no puede “resolver”. ¿Significa esto acaso que no puede exigir el vencimiento anticipado por impago?

No se puede entender así. Se trata de supuestos distintos. El impago siempre tiene que permitir el vencimiento anticipado (si se dan los requisitos legales de éste). En nuestra opinión, en caso de impago, el deudor no puede excepcionar que el acreedor realizó un mal examen de la solvencia. En el procedimiento especial de ejecución no hay cauce procesal para ello, pero tampoco tendría derecho a hacerlo demandando al deudor en juicio declarativo.

El art. 11.7 impone una nueva evaluación de la solvencia “antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de préstamo”.

Esta norma debiera haber sido más concreta. Crea inseguridad, pues ¿cuándo el aumento es significativo? ¿Y “significativo” se aplica al importe

inicial o al capital pendiente? La ley se ha limitado a copiar la Directiva, pero nada impedía que esto se concretara. Tendría que haberse fijado un porcentaje.

Además, la referencia al “importe total” en lugar de al “capital” hace que el problema se plantee también en casos en que no hay un aumento de capital. Por ejemplo, en caso de cambio de interés fijo a variable, o viceversa, o de alargamiento del plazo, el deudor tendrá que pagar más intereses, lo cual hace aumentar el importe total.

Para la práctica, será recomendable que el prestamista declare en el contrato, si no hay nuevo examen de solvencia, que el aumento del importe total del préstamo no es significativo. Esto no impide que el otorgamiento pueda ser negado por el notario en casos evidentes. En cualquier caso, la consecuencia del art. 11.4 se daría también en este supuesto.

En conclusión:

La mayoría de reglas sobre evaluación de la solvencia ya existían antes de la ley 5/2019.

El principal cambio es que estas normas se aplican ahora también a los prestamistas no bancarios.

Las normas, al carecer de sanción, quedan poco más que en papel mojado. Marín López ha señalado, con buena parte de razón, que se ha incumplido la Directiva, pues las sanciones fijadas (administrativas) no son efectivas ni disuasorias como exige el art. 38. (13) Pero el incumplimiento de la Directiva por el Estado no puede ser alegado en las disputas entre privados (por un deudor contra su Banco), sino sólo en caso de reclamación contra la Administración.

La tasación

El art. 19 de la Directiva impone a los Estados velar para que se establezcan normas fiables de tasación y para que los tasadores internos y externos “sean profesionalmente competentes y suficientemente independientes respecto del proceso de suscripción de créditos, de modo que puedan establecer una tasación imparcial y objetiva”.

Como se ve, se trata de normas muy poco concretas. La concreción se ha dejado al Derecho de los Estados miembros.

La tasación no fue regulada por la OM de 28.10.2011.

La ley 5/2019 dedica una breve regulación a la tasación en el art. 13. Según éste, la tasación tiene que ser “adecuada” y realizarse por una sociedad de tasación, o por el servicio de tasación de una entidad de crédito o por un profesional homologado (conforme al RD 775/1997 de 30 de mayo y la DA 10ª de la ley 5/2019). En los tres casos, tienen que ser independientes del prestamista o del intermediario.

La actuación del tasador tiene que sujetarse a “normas fiables y reconocidas internacionalmente” según la OM ECO/805/2003, de 27 de mayo, “sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras” y en la Circular 7/2010 de 30 del Banco de España.

El tasador puede ser elegido por el cliente, siempre que se trate de tasador debidamente homologado, aun en el caso de que el prestamista disponga de servicios propios de tasación. Así lo dispone el art. 3bis de la ley 2/1981, en la redacción que le dio la ley 41/2007.

La DA 10ª impone al Gobierno aprobar, en el plazo de seis meses (plazo que acabó el 6 de diciembre de 2019) el régimen de homologación de los profesionales que pueden realizar tasaciones. También impone al Ministerio de Economía evaluar, en el mismo plazo de seis meses, la conveniencia de modificar la citada OM, para incorporar, adicionalmente a las previstas, “otras tipologías avanzadas de tasación”. Esto tampoco se ha hecho a día de hoy.

La tasación tiene que realizarse necesariamente antes de expedir la FEIN, ya que ésta es la oferta vinculante (para el prestamista) del préstamo y, además, no puede cumplimentarse debidamente si no se dispone del valor de tasación.

El valor de tasación no es algo en que se pueda basar el examen de solvencia de manera predominante, como dispone el art. 11 de la ley. Esto no quiere decir que sea irrelevante, especialmente si el préstamo no es para financiar la compra. El propio art. 11 obliga a tener en cuenta “los activos en propiedad”. No compartimos la opinión de Marín López que niega la importancia de la tasación en cuanto al examen de la solvencia al decir que “el valor del bien inmueble no puede ser un dato relevante”. (14) Parece estar pensando sólo en el caso de financiación de la adquisición del bien hipotecado.

La ley del mercado hipotecario (ley 2/1981, de 25 de marzo) exige (art. 5) para poder titular los préstamos hipotecarios, que el capital concedido no exceda del 60% del valor de tasación del inmueble hipotecado, salvo que se financie la adquisición, construcción o rehabilitación de viviendas, en cuyo supuesto se puede llegar hasta el 80%. Pero se trata de límites que sólo operan a efectos de dicha ley, o sea, como requisitos para la titularización. No es un límite a la concesión de préstamos y, por tanto, siempre ha sido algo ajeno al control notarial-registral.

No hay ninguna norma que fije un porcentaje del valor de tasación como límite para conceder un préstamo.

La ley 2/1981, tras una modificación efectuada por la ley 1/2013, regula en sus arts. 3bis, 3bis1 y 3ter sanciones administrativas que se pueden imponer a las sociedades de tasación, así como la obligación de comunicar al Banco de España la adquisición de una participación significativa en su capital. No negamos que esto deba regularse pero ¿es suficiente?

En nuestra opinión, a la vista de lo que ha ocurrido con las tasaciones en los años de la última crisis, no hay manera de evitar tasaciones influenciadas. El remedio sólo puede ser a posteriori. Puede haber sanciones administrativas (probablemente, papel mojado) o, mucho mejor, alguna sanción civil. O sea, que el deudor, aunque sea de mala fe, pueda pedir que su prestamista sufra una sanción por haber éste influenciado en su día la tasación: pérdida de intereses, o de parte del capital, por ejemplo. Siempre que la dificultad actual del deudor para pagar traiga causa de su situación al tiempo de concederse el préstamo.

Pero para esto hace falta una norma legal.

La política de retribución del personal al servicio del prestamista.

Los criterios de retribución del personal evaluador de la solvencia son algo fundamental en toda esta materia, pues los incentivos salariales por la firma de contratos influyen en la actuación del personal hasta el punto de poder llegar a convertirse en un gran incentivo para incumplir la obligación de realizar la evaluación de manera “honesto, imparcial, transparente y profesional” como exige el art. 5 de la ley.

El Considerando 35 de la Directiva explica que se pretende garantizar que la “la forma de remuneración del personal no impida cumplir la obligación de tener en cuenta los intereses del consumidor” y que los prestamistas

“no estructuren sus políticas de remuneración de un modo que incentive al personal a celebrar un número o un tipo determinado de contratos de crédito o a ofrecer al consumidor ciertos servicios accesorios sin tener expresamente en cuenta sus necesidades e intereses.”

El art. 7.3 de la Directiva de 2014 establece que la retribución no dependerá de la cantidad o de la proporción de solicitudes de préstamo aceptadas.

El art. 18.1 de la ley 5/2019 contiene algunas normas sobre la política de remuneración del personal al servicio de los prestamistas que realice la evaluación de la solvencia y también, aunque esto no está en la Directiva, del personal responsable de la concesión de préstamos.

Se trata de lo siguiente (es trasposición de la Directiva):

“La política será compatible con una gestión sana y eficaz del riesgo”.

“Promoverá este tipo de gestión”.

“No ofrecerá incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel de riesgo tolerado por el prestamista”.

“Estará en consonancia con la estrategia empresarial”.

“Incorporará medidas para evitar los conflictos de interés, en particular estableciendo que la remuneración no dependa de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas”. Con otras palabras: no cabe una retribución variable, basada en el número de solicitudes aceptadas.

Tampoco puede incumplirse la obligación del art. 5.1 de la ley, que exige actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios. (art. 18.2)

La ley, aunque no lo exige la Directiva, impone a los prestamistas la obligación de fijar procedimientos para la aplicación de la política de remuneración.

Tienen que contener previsiones detalladas y específicas que aseguren que los objetivos que incidan en la retribución o en los incentivos resultan compatibles “con el tiempo necesario para realizar una evaluación adecuada de la solvencia y para informar debidamente al prestatario en los términos establecidos en esta ley y sus disposiciones de desarrollo” (art. 18.3). Según Alicia

Agüero, está prohibida una retribución variable por número de evaluaciones de solvencia “a la hora, al mes o en cualquier lapso temporal”. (15)

Los procedimientos también tienen que contener medidas detalladas para evitar que alguno de estos factores “sea el de mayor ponderación en la remuneración: un tipo determinado de contratos de préstamo, de tipos de interés o de servicios accesorios”. (art. 18.4) A contrario, resulta que este artículo permite una retribución variable en los casos que contempla, siempre que no llegue a ser el factor de mayor ponderación (no constituya la mayor partida del salario). Y por desgracia, este artículo no dice ni palabra de respetar el interés del cliente.

Hay una cierta contradicción entre este párrafo del art. 18.4 y la prohibición de retribución variable del art. 18.1. Según el art. 18.4 cabe una retribución variable por celebrar ciertos contratos, siempre que tal retribución no sea el factor de mayor ponderación. Pero según el art. 18.1, no cabe una retribución variable según el número de solicitudes aceptadas. ¿Se trata de ámbitos de aplicación distintos o se solapan? En opinión de Alicia Agüero, se trata de ámbitos distintos, lo que le parece criticable y contrario a la Directiva. (16)

Realmente, el art. 18.4 es muy desafortunado, porque “echa por la borda” las previsiones del art. 18.1. Aunque se mantenga que el art. 18.1 y art. 18.4 se solapan, la palabra “dependa” del párrafo b) del art. 18.1 puede interpretarse en el sentido del art. 18.4 de “no ser determinante”. O sea, que exista y que permita retribuir hasta el 50% del total de la retribución.

Así, resulta que la nueva ley no va a conseguir eliminar los conflictos de intereses. Da normas para perseguir unos objetivos y simultáneamente da otras normas que lo frustran.

Los procedimientos tienen que constar por escrito y estar a disposición de la autoridad supervisora.

La regulación de estas políticas es igualmente aplicable a la remuneración de los prestamistas a los intermediarios y de éstos a sus representantes “vinculados” (debe entenderse que quiere decirse “designados”) (art. 18.5).

Una breve reflexión final

El derecho al “no crédito” ¿a quién protege, en realidad?

Previene el sobreendeudamiento, lo que protege al cliente del Banco, y protege el mercado y la confianza en el sistema (y por tanto al Banco).

Pero... el nuevo sistema ¿da seguridad al cliente sin causar un incremento de precios?

Respondemos con base en lo que estamos viendo en nuestra propia práctica notarial. Las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios desde la entrada en vigor de la ley 5/2019 siguen siendo parecidas a las que se daban antes. Los intereses son bajos. Los préstamos variables se dan en su mayoría referenciados al Euribor a 1 año y con diferenciales inferiores a 2 puntos, y los préstamos a tipo fijo, entre el 2% y el 3,50% nominal anual. Los costes de concesión quedan muchas veces sin cargarse al cliente porque muchos Bancos no cobran comisión de apertura. Pero no se olvide que una diferencia mínima al alza del tipo de interés, en una operación por ejemplo a 20 años, da al Banco una ganancia que compensa con creces la asunción de todo tipo de gastos.

Lo que sí es innegable es que la concesión de crédito es menor (por ahora). Hace años que las personas con ingresos modestos no reciben crédito ni, por tanto, pueden comprarse un piso. Y creemos que esta tendencia no va a cambiar; o incluso va a ir, de hecho, a endurecerse. En realidad, la compra de un piso siempre ha sido para ese sector de la población una operación de riesgo desde el punto de vista financiero. Si no se permite por el Derecho ese riesgo, aunque sea para proteger al potencial deudor, esas operaciones quedan excluidas del mercado.

No se pretende decir que la actuación irresponsable de los prestamistas sea deseable.

IV.- LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.

El otro aspecto, importantísimo, de la fase precontractual es la información que el futuro deudor tiene que recibir. Vamos a referirnos al contenido de ésta, forma de darla al futuro deudor y plazo para hacerlo, todo lo cual está al servicio de lo que se ha denominado “transparencia”, tanto en sentido formal como material.

Se regula principalmente en los arts. 14 y 15 de la ley 5/2019.

Cuanto se dice a continuación rige por igual para prestamistas bancarios y no bancarios.

La documentación a entregar por el prestamista.

La FEIN y la Oferta vinculante

Antes de la ley 5/2019, había una ficha de información personalizada (FIPER), que era obligatoria, y una oferta vinculante, que podía ser solicitada por el deudor. La oferta vinculante podía tener el mismo contenido que la FIPER, pero exigía indicar un plazo de validez (mínimo, 14 días naturales desde su entrega) y denominarse oferta vinculante o ser suscrita como tal. Una y otra podían ser un único documento.

La Directiva europea 2014/17/UE exige una FEIN (ficha europea de información normalizada) pero no exige una oferta vinculante. Sin embargo, no prohíbe que haya una oferta vinculante, por lo que cada país es libre de exigirla o no.

En la ley española (ley 5/2019) la FEIN es también, y siempre, oferta vinculante, según dispone el art. 14.1.a.

El contenido de la FEIN está regulado de forma minuciosa en el anexo II de la Directiva y se refiere a todas las condiciones financieras del futuro contrato. No puede modificarse por las leyes nacionales, que tampoco pueden ampliar su contenido.

Otros documentos a entregar por el Banco

La Directiva no prohíbe que se exija la entrega de otros documentos. La ley española ha exigido un documento complementario a la FEIN, cuyo objeto es resaltar determinados aspectos de ésta.

Se trata de la FiAE (ficha de advertencias estandarizadas). Es un documento para dar información de las cláusulas del préstamo o crédito que sean “relevantes” (art. 14.1.b). Como mínimo: el índice oficial de referencia para fijar el interés variable (si bien el art. 14.5 de la ley no obliga a utilizar índices oficiales de referencia), la existencia de tipo mínimo (esta mención es un error porque el art. 21.3 de la ley prohíbe la cláusula suelo), la posibilidad de vencimiento anticipado por impago y los gastos de ello, y la distribución de gastos de concesión del préstamo. En su caso, que se trata de un préstamo en moneda extranjera.

El contenido de la FiAE que regula la ley es un contenido mínimo. Es posible que se exijan más menciones por una norma reglamentaria. Y

también parecía posible que el Banco incluyera cláusulas no mencionadas por la ley. No obstante, la O.M. de 26.04.2019, que ha modificado la Orden de 28.10.2011, ha impuesto (art. 22 y Anexo II) un contenido sin posibilidad de alteraciones. Esto es, la FiAE tiene que ajustarse, sin cambios, al modelo del Anexo II de la OM.

En especial, hay que hacer constar lo siguiente: si el préstamo es a interés variable, no hay límite al alza; hay que reproducir el texto del art. 24 de la ley 5/2019, referido al vencimiento anticipado, y añadir que éste puede implicar que el deudor tenga que asumir los gastos de ejecución. Y en caso de préstamo en moneda extranjera hay que hacer constar todas las menciones del nº 2.

Y respecto de los gastos, hay que señalar que el deudor asume el pago de la tasación (si es que la asume, porque puede asumirla el Banco, aunque no tenga obligación), el pago de las copias de la escritura de préstamo que solicite (aunque recordamos que una copia simple hay que entregarle gratuitamente, según la DA 8ª de la ley) y otros gastos de constitución que asuma (en principio no se le puede cargar ningún otro gasto).

También hay que entregar el proyecto de contrato, ajustado a la FEIN. Es un borrador, pero no es un modelo de cláusulas, sino que tiene que venir completado redactado con todos los datos generales y particulares. En especial, tienen que constar, desglosados, “la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato.”

Si el interés es variable, hay que entregar además un documento con referencia a cuotas en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés.

Esto se ha concretado por la OM de 26.04.2019, que ha modificado, en cuanto a esto, el art. 26 de la OM de 28.10.2019. Este art. 26 dispone que hay que presentar como mínimo 3 ejemplos de cuotas, que tienen que ser los niveles máximo, medio y mínimo de ese tipo de interés en los últimos 20 años (o plazo máximo disponible si es menor). También hay que hacer constar las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones. Y de la dicción poco clara del artículo cabe deducir que hay que señalar si el tipo de referencia que se usa es o no uno de los oficiales.

Si se exigen seguros, el Banco tiene que entregar por escrito al deudor “las condiciones de las garantías del seguro que exige”. ¿Qué significa esto? Parece que quiere decir lo que tiene que cubrir el seguro. Por ejemplo, si se trata de un seguro de vida, que debe cubrir un 70% del capital.

La información sobre seguros no ha sido contemplada por la OM de 26.04.2019.

En cualquiera de estos documentos, o en un documento ad hoc, el prestamista tiene que informar al cliente acerca de la obligación de acudir al notario que elija para recibir asesoramiento notarial previo a la suscripción del contrato. Esto se aplica sólo a préstamos hipotecarios con garantía de inmueble de uso residencial.

Y es necesario un documento, que tiene que firmar el deudor, por el que se manifieste que ha recibido del Banco la documentación que se acaba de relacionar y que le ha sido explicado su contenido.

Toda esta documentación tiene que entregarse por el prestamista siempre que se pretenda suscribir un contrato sujeto a la ley 5/2019; es decir, tanto si se trata de los supuestos del art. 2.1.a) como los del art. 2.1.b).

La entrega de documentos se complementa con la obligación impuesta al prestamista (art. 14 de la ley) de la explicación de su contenido al potencial prestatario (o fiador o garante).

El acta previa

La ley española ha creado, como originalidad respecto de la Directiva, la suscripción de un acta ante notario con carácter previo al contrato. Tiene que ser autorizada por el notario elegido por el deudor (art. 15 de la ley). Es completamente gratuita. Sólo es necesaria en caso de préstamo con garantía de hipoteca sobre inmueble de uso residencial. Su finalidad es que el notario controle que el futuro deudor ha recibido toda la documentación por el prestamista y que se respete el plazo de 10 días que debe mediar entre la entrega de documentos y la suscripción del contrato. Se pretende conseguir que el deudor, al suscribir la escritura, conozca previamente todas las cláusulas financieras.

El prestamista está obligado, tras haber entregado la documentación al deudor, a ingresarla en una de las plataformas informáticas que se han creado. Tras la elección de notario por el deudor, el notario procede a descargar los documentos y a verificarlos y se concierta una cita con el futuro deudor.

El control formal y material se deduce del art. 15.2, en cuanto dispone: “El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 14.1.” El art. 12.2 del R.D. dispone que el

notario comprobará la “validez y corrección de la información comunicada por el prestamista”.

O sea, los pasos son: elección de notario por el interesado, asignación de la operación por el notario, examen por éste de los documentos enviados (revisión), validación (o petición de subsanación, en su caso), suscripción del acta, y comunicación telemática del resultado del acta al prestamista.

En el acta se pregunta al compareciente si ha recibido toda la documentación del prestamista, si la recibió en la fecha que consta en el documento que aparece firmado por el deudor y si el Banco le ha dado explicaciones. Se muestran por el notario al deudor los documentos descargados de la plataforma, se explica su contenido y se responde a las preguntas que el deudor quiera plantear. Tras ello, el deudor tiene que realizar un test en el que se le pregunta, principalmente, sobre las condiciones financieras de su préstamo y las consecuencias en caso de incumplimiento.

Los plazos

El plazo de entrega previa de información por el prestamista al futuro deudor quedó sin concretar y sin medidas de control efectivo en la OM de 2011. Sólo se dispuso que debía entregarse con antelación.

La ley 5/2019 dispone que la FEIN tiene que entregarse por el Banco al cliente 10 días naturales antes, como mínimo, a la fecha prevista para suscribir el contrato. La Directiva europea fijó 7 siete días, pero el plazo puede ser ampliado por la ley de cada país.

Este plazo es irrenunciable por el deudor (o fiador o garante).

La actuación notarial que ha impuesto la normativa española ha complicado algo la cuestión de los plazos, pero tiende a asegurar el cumplimiento de éstos. Así, se ha prohibido que el notario autorice la escritura de préstamo hipotecario hasta que no hayan transcurrido 10 días (naturales) desde que el Banco ingresó los documentos en la plataforma informática.

El acta previa tiene que otorgarse, a más tardar, el día de antes de la escritura.

El sistema legal diseñado y la transparencia

La transparencia es un concepto indeterminado que se aplica respecto de cláusulas que definen el objeto principal del contrato y que por ello no pueden

ser objeto de control de abusividad. Precisamente por esto último se exige que formen parte del contrato (transparencia formal) y que tengan suficiente claridad, lo que a su vez implica exigir que el deudor tenga noticia de ellas con antelación al contrato (transparencia material). Así lo ha deducido la jurisprudencia, tanto española como de la UE, con base en la normativa de protección de consumidores. La “transparencia” ha sido en los últimos años en España el azote judicial contra la Banca e incluso contra la normativa anterior a la ley 5/2019. El tiempo dirá si también lo es contra ésta última.

Pues la “transparencia” ha sido el criterio (regla de medir) utilizado por los jueces con rigor para valorar el cumplimiento por los prestamistas de sus obligaciones respecto de los consumidores e incluso la suficiencia de las normas para garantizar la protección de éstos.

El comentario que a continuación se realiza sobre esta materia sigue lo mantenido en un seminario dado en el Colegio notarial en noviembre de 2019 (a publicar en el Libro de los Seminarios 2019-2020, que edita el Colegio Notarial), si bien aquí lo exponemos de manera resumida.

Precisamos que el control de transparencia sólo procede en la contratación con consumidores, que no son todos los deudores a quienes se aplica la ley 5/2019.

El concepto de transparencia debe ser precisado en relación a tres cuestiones:

-Qué cláusulas no han sido negociadas individualmente.

-Qué es lo que define el “objeto principal del contrato” (de préstamo hipotecario).

-Cuándo una cláusula es suficientemente “clara y comprensible” y cuándo el futuro deudor ha tenido “oportunidad real de conocer de manera completa” la cláusula, para dar por cumplido el requisito. Dicho de otra forma: cuánta información hay que dar al consumidor y cómo y cuándo hay que darla.

Es una cuestión de límites, pero, si el límite no está claro, se puede llegar a un control del contenido, lo que desnaturalizaría el control de transparencia y podría tener una consecuencia no permitida, según ha reconocido la propia jurisprudencia española, según la cual rige en Derecho español la misma prohibición de control de contenido del objeto principal del contrato (rectius: de las cláusulas que lo regulan) del art. 4.2 de la Directiva europea sobre

cláusulas abusivas en la contratación con consumidores (Directiva 93/13/CEE).

Respecto de la primera cuestión, la Directiva de 1993 y la normativa general española de la ley de CGC y la LGDCU dan un criterio general que no es difícil de aplicar en los casos particulares. Se trata de la pre-redacción unilateral por el prestamista.

La segunda cuestión no resulta ya tan fácil de delimitar.

¿Qué es, en un préstamo hipotecario, el objeto principal del contrato?

En principio, la entrega del capital (que no plantea duda y, además, ya queda cumplida al inicio de la relación contractual) y la retribución al prestamista. Sin embargo, no es fácil precisar todo lo que configura esta retribución.

La sentencia del TJUE de 26.02.2015 resolvió que sólo hay que incluir “aquellas cláusulas del contrato que regulan las prestaciones esenciales de este contrato y, como tales, lo caracterizan”. Y rechazó que pudieran entenderse objeto principal del contrato el “coste total del crédito para el consumidor” que define el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

En concreto, diríamos que forman parte del objeto principal las cláusulas siguientes:

La que precisa el capital y su momento de entrega, pues desde la entrega empieza la obligación de pago del interés.

La que precisa la duración del préstamo.

La relativa a la forma de amortización, porque de ésta depende la manera en que se calculan los intereses.

La cláusula que fija el tipo de interés remuneratorio.

La cláusula que define si el interés es fijo o variable.

La que define cómo se calcula el interés variable, hasta llegar a su total concreción, tanto al principio como en toda la duración del contrato.

La relativa a reducciones del interés si el deudor contrata determinados productos del Banco o por medio del Banco.

Alguna duda puede plantear la comisión de apertura, pues es una cantidad que puede cumplir finalidades diversas (estudio de solvencia, estudio de documentos, preparación de documentos, etc.). Nuestra postura es que sí forma parte del objeto principal del contrato, pues una de las funciones que cumple (y esto basta) es retribuir al prestamista.

La cláusula relativa a los gastos de formalización del préstamo no debe entenderse incluida en el objeto principal del contrato. De todas formas, tras la ley 5/2019 no se plantea el problema respecto de los gastos de formalización del préstamo, pues el art. 14 de la ley establece reglas imperativas. Tampoco la cláusula sobre gastos generados por productos vinculados (p.ej., seguros) ni, menos aún, combinados.

Si hay fiador o garante no deudor, cabe control de transparencia relativo a lo que sea objeto principal del respectivo contrato.

La tercera cuestión que se planteaba se refiere al cuánto, cómo y cuándo de la información que debe darse al consumidor.

Desde el punto de vista de la redacción, una cláusula no es transparente si no se destaca suficientemente, de modo que resalte sobre el resto del clausulado, para atraer la atención del consumidor, de modo que éste se aperciba de ella fácilmente (“de un golpe de vista” dice la STS 24.01.2018). Tampoco es transparente si se presenta como algo marginal en el contexto del contrato.

Pero eso no basta.

De entrada, el Banco tiene que haber entregado los documentos previstos en las normas, con la antelación que, en su caso, se haya fijado.

De la jurisprudencia del TS puede concluirse que tampoco basta eso.

No basta la entrega de documentos, aunque contengan explicaciones detalladas. Tampoco basta que se entreguen con una antelación razonable, aunque se cumpla el plazo que fije la norma reguladora. Pues una cosa es que el futuro deudor tenga en su poder esos documentos, y otra que los lea y comprenda sus consecuencias prácticas.

Tampoco basta que el deudor declare por escrito (y firme) que el Banco le ha entregado los documentos previstos y se los ha explicado. Ni aunque lo escribiera de su puño y letra. Menos aún si sólo pone la firma en un documento pre-redactado por el Banco.

Porque nada de eso significa que los haya comprendido adecuadamente, o sea, que haya comprendido el alcance económico de la cláusula que afecta al objeto principal del contrato.

No obstante, el TS no ha llegado a exigir que se acredite que el deudor comprendió los efectos de la cláusula, porque eso pertenece a la esfera interna del deudor.

La STS de 23 de marzo de 2018 señaló, en relación a la cláusula suelo, que basta acreditar que “la información contenida en la cláusula le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura para que hubiera podido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación del interés variable por debajo”. (*el subrayado es nuestro*)

La STS de 9 de mayo de 2013 señaló que la falta de transparencia podía resultar de alguno de los siguientes hechos: faltar información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, no haber simulaciones de escenarios diversos del tipo de interés, faltar información previa y clara sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, caso de existir, o advertencia de que a ese concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

O sea, que la transparencia se entiende cumplida si se acredita que el Banco dio las explicaciones adecuadas de la cláusula, siempre que se incluyan ejemplos de su aplicación práctica. Las explicaciones tienen que referirse a la existencia de la cláusula, su contenido, y el efecto económico que esta cláusula pueda tener sobre el coste del crédito durante toda la vigencia del contrato.

La carga de probar que se dio la información al futuro deudor incumbe al prestamista.

Esto puede no resultar nada fácil.

Una prueba puede ser un cruce de preguntas y respuestas por e-mail o mensajes escritos desde/a dispositivos móviles.

O que el deudor escriba de su puño de letra cómo entiende la cláusula. Esto es algo que nunca se hace.

Si sólo se dieron al deudor explicaciones verbales en la oficina, no será posible su prueba si el deudor impugna.

Una reflexión final

La ley 5/2019 refuerza el control de transparencia, pero, si se han de seguirse las tesis jurisprudenciales expuestas, dudamos que lo consiga. Quizá por ello, los redactores de la ley incluyeron una serie de normas imperativas sobre las cuestiones que habían planteado litigiosidad: cláusula suelo, interés de demora, vencimiento anticipado y gastos de formalización. Pero el estudio de esta cuestión ya no es nuestro objeto en este comentario.

NOTAS DE BIBLIOGRAFÍA

(1) Cabanas Trejo, Ricardo, “Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, Aferre editor SL, 2019, pág. 243.

(2) Marín López, Manuel Jesús, “Comentario a la Ley de Contratos de Crédito inmobiliario”, dir. Angel Carrasco Perera, Thomson Reuters Aranzadi y Centro de Estudios de Consumo, 2019, pág. 225.

(3) Cabanas Trejo, Ricardo, op. cit., pág. 262.

(4) Zunzunegui Pastor, Fernando, en “Comentarios a la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, coord. José María López Jiménez, Bosch-Wolters Kluwer, 2019, pág. 234.

(5) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., pág. 238.

(6) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., pág. 242.

(7) Citada por Marín López, op. cit., pág. 249.

(8) Zunzunegui Pastor, Fernando, op. cit., pág. 248 y ss.

(9) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., págs. 252-254.

(10) Zunzunegui Pastor, que cita a Alvarez Olalla y Cuenca Casas, op. cit., pág. 246.

(11) Zunzunegui Pastor, Fernando, op. cit., pág. 250.

(12) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., pág. 236.

(13) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., pág. 256.

(14) Marín López, Manuel Jesús, op. cit., pág. 242.

(15) Agüero Ortiz, Alicia, en “Comentario a la Ley de Contratos de Crédito inmobiliario”, dir. Angel Carrasco Perera, Thomson Reuters Aranzadi y Centro de Estudios de Consumo, 2019, pág. 451.

(16) Agüero Ortiz, Alicia, op. cit., pág. 454.

4.5. DE ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ

La nulidad de la cláusula “gastos” en los contratos de préstamo hipotecario

SUMARIO.

1. Introducción. 2. El contrato de préstamo hipotecario. Naturaleza y regulación. 3. La nulidad de las cláusulas abusivas y sus consecuencias en relación con el contrato. 4. La nulidad de la cláusula “gastos” en los contratos de crédito hipotecario. 4.1. La cláusula “gastos y su abusividad. 4.2. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula “gastos”.

I. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años, nuestros Tribunales se están recurrentemente planteando la ilicitud de ciertas cláusulas que integran los contratos celebrados con consumidores, y en especial los contratos de préstamo hipotecario. No cabe duda de que la nulidad de una cláusula por abusiva, cualquiera que sea el tipo de abusividad de que se trate (ya sea abusividad en sentido estricto, referida a aquellas cláusulas accesorias, que patentiza una falta de reciprocidad obligacional; ya sea abusividad en sentido genérico o abstracto, respecto de las cláusulas principales que definen el objeto del contrato, que significa la falta de transparencia y de claridad) es un tema de candente actualidad que ha dado lugar a múltiples trabajos científicos de diversos autores y a una muy nutrida Jurisprudencia, tanto de los Tribunales patrios como del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El incontestable fenómeno del actual consumo en masa de bienes y servicios obliga al Legislador a garantizar de forma eficaz un genuino equilibrio en las relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores, que obliga a modificar en parte las reglas ordinarias de una legislación civil general fundada en la igualdad de los contratantes.

Por ello, en este tipo de contratos en masa celebrados con consumidores, en especial, en el tipo de contratos en los que un profesional contrata con un

consumidor o usuario un préstamo garantizado con hipoteca (y, máxime, si dicho préstamo hipotecario se destina a la adquisición de un bien de primera necesidad, como es la vivienda habitual⁹³), primero los Tribunales y después -y un poco a rémora- el Legislador, están imponiendo criterios normativos que palién las evidentes desigualdades que se aprecian en este tipo de relaciones contractuales.

El tema ha dado lugar a una abundantísima doctrina legal acerca de las exigencias que deben cumplir los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor o usuario del servicio, de tal modo que pueda paliarse la desigualdad que para las partes contratantes supone el hecho de que en este tipo de contratos, denominados “en masa”, sea una parte (el profesional) el que impone las cláusulas y las incorpora a una pluralidad de contratos, mientras que la otra parte (el consumidor) no presta un consentimiento individualizado (no puede influir en su supresión o en su contenido), sino que o bien se adhiere y consiente “en contratar con dicha cláusula”, o bien renuncia a contratar. Este mecanismo de contratación -propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los grandes costes de mantener diálogos individualizados- es un mecanismo lícito, si bien, en contrapartida, se impone un mayor grado de control legal y judicial.

Y es en este contexto donde se inserta al tema que tratamos en este breve estudio: la posible declaración de nulidad de aquellas cláusulas que el consumidor suscribe como integrantes del contrato de las que, sin haber sido negociadas individualmente, no ha tenido una información suficiente, o que no aparecen con la debida claridad en el contrato, o, en fin, que suponen un grave desequilibrio entre las prestaciones de ambas partes contratantes. Y una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva, constatar los efectos que esta nulidad acarrea; tema éste de compleja solución, ya que confluyen factores de muy diversa índole, materiales y procesales.

Los posibles ejemplos de cláusulas en principio lícitas, pero que pueden ser declaradas nulas por no cumplir con las exigencias que para este tipo de contratos se precisan, son varios. Quizás el más llamativo, por la polvareda mediática que se ha levantado en los últimos años, sea la inserción de las denominadas “cláusulas suelo” en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable suscritos entre entidades financieras y consumidores. En estos contratos, se usa incluir en el articulado una cláusula según la cual la entidad

⁹³ Como rotundamente ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 10 de septiembre de 2014, “*En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13*”

financiera prestamista fija unos topes en los intereses a que se compromete pagar el prestatario, de manera que, o bien al alza (cláusulas techo) o bien a la baja (cláusulas suelo), limitan los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia.

Pues bien, en los últimos años, y con los tipos de interés tan bajos prolongados en el tiempo, ocurría que el consumidor prestatario, en virtud de la cláusula suelo, predispuesta por el banco y sin haber sido negociada individualmente, se veía abocado a tener que pagar un tipo de interés muy superior al que le correspondería en virtud de la oscilación a la baja del interés de referencia, pues aun cuando el índice de referencia descendía del tope establecido en la cláusula, ésta impide que la bajada se traslade al prestatario.

Hay que decir que estas cláusulas en sí no son contrarias a la ley; pero han de ser examinadas con cuidado porque pueden llegar a ser declaradas nulas si no cumplen con una serie de requisitos que la propia Jurisprudencia española, siguiendo las normas patrias y comunitarias en orden a los contratos celebrados con consumidores, ha establecido, puesto que se trata de cláusulas que no han sido negociadas individualmente, causan un perjuicio al consumidor y comportan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Por ello, desde la importantísima STS de 9 de mayo de 2013 se han sucedido una serie de resoluciones⁹⁴ que han

94. De los centenares de sentencias que se han dictado sobre este tema, reseñaré por su importancia, la STS (Pleno) de 25 de marzo de 2015, que aborda el trascendental tema de la consecuencia jurídica (y económica) de la declaración de nulidad de la cláusula y la obligación de devolver lo cobrado por el banco indebidamente; puesto que la STS de 9 de mayo de 2013 había declarado que producida la nulidad y declarada como consecuencia la exigencia de restitución de lo cobrado indebidamente, no obstante “*procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia*”, esto es, la obligación de devolución no afecta a lo pagado de más desde que se produjo el hecho (la fecha en la que el banco cobró cantidades por encima del índice de referencia del momento), sino que limita la eficacia de la nulidad a la fecha en que el TS dictó esa Sentencia (el 9 de mayo de 2013), porque ello produciría un *trastorno grave del orden público económico* y afectaría a la *seguridad jurídica y la buena fe de los círculos interesados*. La cuestión prejudicial ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea no se hizo esperar; y diversos Tribunales plantearon sendas cuestiones preguntando al Tribunal Europeo si los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula suelo se han de retrotraer al momento de la perfección del contrato, o los Tribunales lo pueden modular atendiendo a diferentes consideraciones. El TJUE, en Sentencia de 21 de diciembre de 2016, declaró que “*el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1 de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrada con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión*”.

Es fácil entender la repercusión económica de tal pronunciamiento y la polvareda mediática levantada a raíz de tal declaración.

venido a poner de manifiesto la importancia no sólo jurídica sino también económica de la inclusión de tal tipo de cláusulas. Esta sentencia declaró nula la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario por no superar el control de transparencia y el filtro de equivalencia entre las prestaciones de una y otra parte, al suponer un desequilibrio objetivo en contra del consumidor.

Lo mismo cabe decir de la gran trascendencia que acarrea la inserción en estos contratos de la denominada “cláusula de vencimiento anticipado”, que se impone por las entidades financieras y que permite la reclamación del pago de la totalidad del capital pendiente de devolución, más los intereses y las costas. Dicha cláusula, cuya eficacia ha sido expresamente admitida en los contratos de préstamo hipotecario tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 693.2), ha dado lugar a toda una Doctrina legal, derivada de las declaraciones del Tribunal Supremo y de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual no se niega la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio de la entidad prestamista. Los Tribunales deberán valorar -dice la STS 9/2020, de 8 de enero- si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificada, en función de la obligación incumplida y la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y la duración del contrato de préstamo, como tiene declarado el TJUE en Sentencia de 26 de enero de 2017 (Banco Primus).

La posible abusividad -dice la reciente STS 336/2020 de 12 de febrero, entre muchas otras- provendría de los términos en los que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión del mismo, que no es “per se” ilícita. La validez general de tales cláusulas se justifica cuando exista una verdadera causa justa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraída, como puede ser el incumplimiento grave por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo. Por el contrario, la abusividad proviene cuando se prevé la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, o cuando se perjudica de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario, o cuando concurren circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria (SSTS 715/2015, de 23 de diciembre; 79/2016, de 18 de febrero). Como ha reiteradamente establecido la Jurisprudencia, para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración del contrato y la cuantía del

préstamo (SSTJUE de 26 de enero de 2017). Así pues, una cláusula que permitiera el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo o respecto de obligaciones accesorias debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativos o temporales graves.

Tanto la inserción de una cláusula suelo⁹⁵, como de una cláusula que permite el vencimiento anticipado de la entera obligación, son ejemplos típicos de la posibilidad de declarar abusivas este tipo de cláusulas no negociadas individualmente insertadas en los contratos de crédito inmobiliario⁹⁶. Pero no son los únicos. Últimamente se ha venido cuestionando también la licitud y posible nulidad de la denominada “cláusula gastos” que suele formar parte de las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario, cuestión que va a ser objeto de este breve comentario. Pero antes de entrar en el específico examen de dicha cláusula, haré una breve mención del contrato de préstamo hipotecario y la posibilidad de insertar en él cláusulas que pueden ser declaradas nulas.

2. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. NATURALEZA Y REGULACIÓN.

El contrato de préstamo garantizado con hipoteca es un negocio jurídico complejo en el que el derecho de crédito (préstamo) está subsumido en un derecho real de hipoteca. De ahí que no pueda tratarse como un crédito ordinario, ya que en el hipotecario confluyen dos figuras jurídicas diferentes: el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real); y ambas figuras son diferentes, inescindibles y conforman una institución unitaria. Como tiene declarado el Tribunal Supremo (S. 546/2019, de 16 de octubre, entre muchas otras), su tratamiento jurídico tiene que ser por fuerza distinto del resto de los contratos. El fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (entidad financiera). En el contrato de préstamo hipotecario, por tanto, se advierten de entrada dos cualidades que van a hacer necesario un tratamiento jurídico diverso del resto de los contratos ordinarios: Por una parte, la propia naturaleza del contrato, negocio jurídico complejo, como he dicho más arriba; y, por otra, la diferente posición jurídica en que se

95. Obsérvese que con relación a este tipo de cláusulas, el art. 21 de la Ley 5/2019 de 15 de marzo ha establecido que “...3. *En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés*”. Sin duda, esta norma ha sido consecuencia de la ingente problemática producida por las denominadas “cláusulas suelo”.

96. Sobre ambos temas existe hoy día una abundantísima doctrina científica y jurisprudencial, a la que no voy a hacer mención precisamente por su extensión.

encuentran las partes que intervienen en él: a) el particular prestatario (consumidor), que no tiene más remedio que adherirse a las condiciones del contrato redactado de antemano por la otra parte, sin poder influir en éstas; y b) la entidad financiera prestamista (profesional), que impone sus condiciones de tal modo que al consumidor sólo le queda o adherirse a sus exigencias o renunciar a contratar.

Debido a las especiales condiciones antes apuntadas en las que nace y se desenvuelve el contrato de crédito hipotecario, se ha generado en torno a él toda una normativa específica, tanto sustantiva como procesal, con el fin de adaptarlo a las necesidades del consumidor. Sobre todo, con relación a la licitud de las distintas cláusulas que conforman estos contratos.

Desde el punto de vista sustantivo, el primer texto normativo que reguló la contratación con consumidores fue la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de Julio, que vino a desarrollar el mandato constitucional establecido en el art. 51 CE, a tenor del cual *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*.

A partir de este momento, una nutrida legislación ha venido incidiendo en la mejora de la protección de los consumidores, tanto por lo que respecta a determinadas modalidades de contratación, como respecto de la creación de determinadas acciones encaminadas a hacer efectiva dicha protección. Sería largo y tedioso relatar ahora toda la normativa que se ha venido generando al respecto, tanto en nuestra legislación interna como en el marco de la Unión europea. Sólo mencionaré, por su relevancia y por su adecuación al tema que tratamos en este trabajo, la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, que a su vez ha obligado a nuestro Legislador a adaptar nuestras leyes a los criterios de dicha Directiva; y a nuestros Tribunales a adaptar sus decisiones a las previsiones de la misma y a la Jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La citada Directiva 93/13 pretende armonizar las diversas legislaciones de los Estados miembros en materia de contratos celebrados entre profesionales y consumidores, de modo que se eliminen de manera uniforme las cláusulas abusivas de esos contratos; y se refiere únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual. Considera que es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales; y relaciona en el Anexo una lista de cláusulas, con carácter indicativo y contenido mínimo, de manera que los

Estados miembros puedan someterlas a formulaciones más restrictivas en el marco de su legislación nacional.

El hito final, por el momento, a esta continua preocupación del Legislador en la protección del consumidor contratante con un profesional, ha sido la reciente Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. Esta Ley tiene como objeto la transposición de la Directiva 2014/17 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Consciente, el Legislador comunitario de la necesidad de armonizar la normativa atinente a los consumidores, y reconociendo que el crédito hipotecario es un elemento clave en el éxito del régimen de la propiedad en los distintos países, ha dictado esa Directiva, cuya finalidad es “establecer un marco jurídico adecuadamente armonizado a escala de la Unión Europea, a fin de crear un verdadero mercado interior con un grado elevado y equivalente de protección de los consumidores”. Para ello, la Directiva establece que los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para que el concesionario de los créditos al consumo observe las normas de conducta adecuadas, actuando de manera honesta, imparcial, transparente y profesional; facilite información precontractual clara, comprensible y gratuita; y prohibiendo toda redacción que pueda generar en el consumidor falsas expectativas sobre la disponibilidad o el coste del crédito.

En virtud de la transposición de la Directiva 2014/17, la Ley 5/2019, de 15 de marzo ha recogido los principios y normas de conducta que aquélla establece, y ha modificado, en consecuencia, determinadas Leyes patrias (Ley Hipotecaria, RDL 1/1993 de 24 de septiembre, por el que se regula el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación... etc). Y también la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Desde el punto de vista procesal, además de la inserción de normas específicas referidas a los consumidores en determinadas sedes de la regulación del proceso de declaración, a partir de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, el Capítulo V del Título IV ha regulado “*las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignoralados*” (arts. 681 a 698). El crédito garantizado con hipoteca tiene a partir de este momento una regulación procesal unitaria y en su sede adecuada, dado que hasta ese hito histórico era la Ley Hipotecaria de 1909 y su Reglamento la que se ocupaba del procedimiento para hacer efectivos los derechos de prenda e hipoteca. Las especialidades procesales derivan del propio carácter del derecho que se pretende hacer efectivo: un derecho

real sobre un bien inmueble determinado ofrecido como garantía de un derecho de crédito asumido por el consumidor. Y hay que señalar que dichas especialidades procesales no se han establecido en beneficio del consumidor hipotecante, sino en beneficio del acreedor hipotecario (el banco), el cual puede -si así lo desea- apartarse de la ejecución ordinaria establecida para satisfacer cualquier derecho de crédito constante en un título de los que tengan aparejada ejecución (art. 517 LRC), y acudir a este procedimiento expeditivo y extraordinariamente duro para el consumidor ejecutado, en el que las posibilidades de defensa quedan considerablemente mermadas.

Pese a las limitadas posibilidades que para el consumidor ejecutado se establecen en este procedimiento especial, y ante las reiteradas quejas de inconstitucionalidad que han planeado sobre el proceso de ejecución hipotecaria, el Tribunal Constitucional ha refrendado su constitucionalidad desde muy temprana jurisprudencia (STC 41/1981, de 18 de diciembre) aduciendo, en esencia, que pese a las limitaciones apuntadas, el deudor ejecutado siempre tendrá la posibilidad de acudir al juicio ordinario para poder contradecir de forma plena las pretensiones del acreedor: *“Lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario”*.

Desde entonces, y en el largo camino recorrido en la adecuación de la legislación española en materia de ejecuciones hipotecarias al Derecho comunitario de consumo, como acabo de señalar, la Ley 5/2919, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, ha supuesto la culminación de dicha adecuación legislativa, tarea en la que el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea ha sido especialmente beligerante con relación a la posibilidad de existencia de cláusulas abusivas insertadas en los contratos celebrados con consumidores y su control judicial, en correcta aplicación de las exigencias que al respecto estableció la mencionada Directiva 93/13 CEE el Consejo, de 5 de abril de 1993.

3. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SUS CONSECUENCIAS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO.

En términos generales, con la denominación de “cláusulas abusivas” nos estamos refiriendo a diferentes tipos de ineficacia de determinadas cláusulas que se suelen insertar en los contratos, que pueden llegar a ser declaradas nulas. Pero en un sentido estricto, la “abusividad” se aplica -según lo prevenido en los arts. 4 y 2 de la Directiva 93/13- a aquellas cláusulas insertas en el contrato que no definen el objeto principal del mismo, ni a la adecuación

entre precio/retribución, por una parte, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Con el término “abusiva” la mencionada Directiva hace referencia a aquellas cláusulas accesorias del contrato que sin haberse negociado individualmente sean contrarias a las exigencias de la buena fe o causen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 3 de la Directiva).

Las cláusulas que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio/retribución y los servicios que deben proporcionarse como contrapartida, si bien no están sometidas al control de abusividad en sentido estricto, sí que pueden ser censuradas cuando no estén redactadas de forma clara y comprensible. Tales cláusulas han de pasar el denominado “control de incorporación y transparencia” en el *iter* de la negociación y en la incorporación al contrato, de modo que el consumidor esté en condiciones de conocer perfectamente cuál es su posición jurídica y los riesgos que asume. La falta de información precisa sobre el contenido y significado puede acarrear la nulidad de esa cláusula, no por abusividad en sentido estricto, sino por falta de transparencia⁹⁷.

Pues bien, con relación a estas cláusulas abusivas, la mencionada Directiva 93/13 establece que “*no vincularán al consumidor*”, y los Estados miembros dispondrán que “*el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*” (art.6.1). Asimismo, “*Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados*

97. Al respecto, puede verse la doctrina que establece la importante STS de 9 de mayo de 2013, ya mencionada anteriormente en la Introducción de este trabajo, que resolvió un recurso ocasionado por la demanda de Ausbank de acción colectiva de cesación y declaración de nulidad por abusiva de las cláusulas suelo incorporadas al contrato celebrado por determinados con diversos consumidores. Los Bancos demandados alegaron, entre otras muchas, la inaplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas derivada de la Directiva europea, ya que las que se pretendía expulsar del contrato regulaban elementos esenciales del contrato y no un elemento accesorio. El Tribunal Supremo, en un minucioso análisis, termina argumentando que, efectivamente, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que definen el objeto principal del contrato, y por ello no son susceptibles de control judicial como abusivas al no quedar sometidas a un control de equilibrio de las prestaciones. Pero, sigue diciendo esta Sentencia, este hecho no eliminaría totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es o no abusivo en el sentido de la Directiva; pues aunque en principio no cabe el control de su equilibrio entre las prestaciones y en consecuencia no puede examinarse su abusividad en sentido estricto, sí que es posible efectuar el denominado “control de transparencia”, esto es, si dichas cláusulas predispuestas son claras y comprensibles. Pasa a analizar a continuación lo que significa el doble filtro que deben superar estas cláusulas, de modo que superen el filtro de la incorporación al contrato y el filtro de la transparencia (que estén en lugar visible, la firma del adherente, claridad en la redacción, sencillez, comprensión directa... etc), de modo que se proporcione un elevado nivel de información al prestatario (verificar que el consumidor conozca la carga económica que para él puede suponer la oscilación de los intereses en función de la variación del Euríbor). Y concluye finalmente que una cláusula que incumple el deber de transparencia en los términos indicados, debe ser considerada abusiva (en sentido amplio) por causar un desequilibrio subjetivo importante contrario a la buena fe en perjuicio del consumidor.

y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.

En orden a llevar a cabo la transposición de la citada Directiva a nuestro Derecho interno, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y, posteriormente, el Texto Refundido de la LGCU, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (que reforma la LGCU de 1984), establece el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas, siguiendo la Directiva 93/13. Y entiende que *“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*(art. 82.1).

La apreciación de abusividad en sentido amplio (ya sea de estricta abusividad o por falta de transparencia) de una cláusula lleva consigo la declaración de nulidad de esa cláusula y su expulsión del contrato. Y así, el art. 83 TRLGDCU, en relación con el art. 6.1 de la Directiva, en su redacción original, consideró que, una vez expulsada del contrato la cláusula, éste subsistirá sin la cláusula nula; otorgando al Juez la facultad de modificar su contenido para integrar la parte del contrato afectada por la nulidad, con arreglo al art. 1258 del Código Civil y al principio de la buena fe objetiva. La consecuencia, pues, de la declaración de nulidad sería la expulsión del contrato de la cláusula y la posibilidad de que el Juez que así la declaró integre el contrato a su criterio, siguiendo las prevenciones que establece el Código Civil y el principio de buena fe objetiva.

No obstante lo dicho, el citado art. 83 del TRLGDCU fue considerado contrario a las prevenciones de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, y en Sentencia de 14 de junio de 2012 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que el art. 6.1 de la mencionada Directiva⁹⁸ se opone a una disposición nacional como el art. 83 citado, que atribuía al Juez nacional la facultad de integrar el contenido de una cláusula contractual declarada nula por abusiva. Considera que la facultad concedida al Juez para integrar el contrato podría actuar como elemento que alentara a los profesionales a incluir unilateralmente tal cláusula abusiva, sabiendo que su consecuencia sería, en el peor de los casos, que el Juez hubiera de integrar el contrato,

98. El art. 6.1 de la Directiva dispone que *“Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.*

eliminando así su efecto disuasorio para un profesional que sabe que, de considerarse nula la cláusula, será el Juez el que modulará su contenido⁹⁹.

Tras esta Sentencia, el art. 83 citado debió reformarse. Y así, la Ley 3/14, de 27 de marzo, por la que se reforma el Texto Refundido de la LGDCU), acatando la Jurisprudencia del TJUE, redactó de nuevo dicho artículo y estableció: “*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A tales efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*”¹⁰⁰. La consecuencia, pues, de la declaración de nulidad de la cláusula será su expulsión del contrato, el cual subsistirá sin dicha cláusula. El Juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes para el consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. El contrato debe subsistir, en la medida en que sea posible, según las normas de Derecho interno (STJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus, SA, entre muchas otras).

Es evidente que la drástica consecuencia de la eliminación sin más de la cláusula nula puede producir perjuicios graves a los profesionales que contratan con consumidores (piénsese, por ejemplo, en el caso de una cláusula declarada nula por ser abusivos los intereses estipulados, que produciría la anómala situación de que la cantidad objeto del contrato de préstamo no generara para el prestatario interés económico alguno). Por ello, la propia STJUE de 14 de junio de 2012 considera que, con carácter excepcional y sólo cuando esté justificado para la subsistencia del contrato, el Juez nacional tendrá la facultad de sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional.

Esta facultad excepcional reconocida al Juez nacional para sustituir una cláusula declarada abusiva por una disposición supletoria de carácter nacional, ha sido reconocida en varias resoluciones del TJUE. Y así, en Sentencia de 21 de enero de 2015, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que ello es posible siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6.1 de la Directiva 93/13 permitiendo restablecer el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato; que no obstante,

99. En el mismo sentido, puede verse, entre otras, la STJUE de 21 de enero de 2015.

100. Recientemente, este art. 83 ha sufrido una adición en virtud de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. La adición consiste en un nuevo párrafo, que reza: “*Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho*”.

esta posibilidad quedará limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al Juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización; y que, por consiguiente, en el caso concreto planteado, el art. 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el Juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija los intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional no prejuzgue la apreciación por dicho Juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y no impida que ese mismo Juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es “abusiva” en el sentido del art.3. apartado 1 de la citada Directiva¹⁰¹.

En este mismo sentido, la recentísima STJUE C-125/18 Gómez del Moral Guasch/Bankia S.A., de 3 de marzo de 2020, con referencia a una cláusula que establece la aplicación de un tipo de interés remuneratorio variable en función del “índice de referencia” en los contratos de préstamo hipotecario de las Cajas de Ahorro, ha considerado que esta cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas; y que, por tanto, los Tribunales españoles deberán comprobar que esas cláusulas son claras y comprensibles (control de transparencia), de modo que la persona que va a contratar un préstamo hipotecario conozca fácilmente el cálculo de dicho tipo de interés, y se le facilite por el profesional prestamista la información precisa sobre la evolución histórica del índice en que se basa ese tipo de interés. Y si el Tribunal español llegara a entender que es abusiva, podrá suprimirlas y sustituirlas por un índice legal aplicable de manera supletoria, para proteger a los consumidores de las perjudiciales consecuencias que derivarían de la anulación de todo el contrato de préstamo¹⁰².

101. Véase, también, la STJUE de 26 de marzo de 2019.

102. Es razonable pensar que esta Sentencia del TJUE va a producir un efecto similar al de las cláusulas suelo, y va a incrementar la litigiosidad entre la banca y el consumidor. Si el prestatario consumidor entiende que la cláusula relativa al IRPH (Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios) no se negoció de manera transparente, podrá solicitar su declaración de nulidad (o el Juez apreciarla de oficio); y si el Tribunal considera que es así, lo sustituirá por otro índice legal aplicable “*sin que proceda limitar temporalmente los efectos de la presente sentencia*”. La repercusión social no se ha hecho esperar: al día siguiente de su publicación, la OCU ya ha aconsejado a consumidores y a la banca su modo de proceder; y ya se están postulando despachos de abogados para “analizar tu caso, identificar las cláusulas abusivas, calcular tu devolución y recuperar lo que es tuyo”.

Y ésta es la doctrina que ha acogido nuestro Tribunal Supremo; y así, en STS 9/2020 de 8 de enero (siguiendo lo declarado en la STS (Pleno) 463/ 2019, de 11 de septiembre) en un caso de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, y, después de razonar si la facultad que para el acreedor de hacer uso de esa cláusula contractual estaba justificada, pasa a pronunciarse sobre la consecuencia de la declaración de nulidad en los siguientes términos: la trascendencia de la declaración de nulidad de la cláusula no es la nulidad del contrato, que expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, sino la sustitución de la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC. Esto es, la consecuencia no puede ser la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra el deudor, sino la sustitución de la cláusula anulada por la disposición legal que inspiró la cláusula: el art. 693.2 LEC, según la reforma operada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario¹⁰³.

El mismo criterio se sigue en la recentísima STS 336/2020, de 12 de febrero, la cual, después de contener la consabida doctrina acerca de la posibilidad de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, modula los efectos de su declaración en los contratos de préstamo hipotecario: el Juez sustituye la cláusula nula por lo prevenido en la normativa específica: el art. 693.2 LEC, referido expresamente a la ejecución hipotecaria, y el art. 24 de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario de 15 de marzo de 2019.

103. Como he dicho más arriba, esta Ley transpone parcialmente al Derecho interno la Directiva 2014/17 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Para ver el alcance de la reforma que ha operado la Ley 5/2019 sobre el citado artículo 693.2 LEC, puede consultarse el estudio realizado por el Profesor GÓNZALEZ GARCÍA, “*El procedimiento hipotecario. Las ejecuciones de condena no pecuniarias*”, Colección 20 años LEC 2000, ed. La Ley, Madrid, 2019, págs.159 y ss. En esencia, la reforma del precepto hace referencia a la licitud de la cláusula de vencimiento anticipado de créditos con garantía real, de modo que se elimina el período de carencia de tres mensualidades impagadas (como se regulaba hasta ese momento) para establecer nuevos criterios, según lo preceptuado en el art. 24 de la Ley 5/2019 al que se remite expresamente: que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos al 3% del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo, o al 7% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. En el primer caso, se considerará cumplido el requisito cuando las cuotas equivalgan al impago de doce plazos mensuales; y en el segundo, cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales. Además, se exige que el prestamista haya requerido al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento, y le advierta de que, de no ser atendido, reclamará el importe total adeudado en el préstamo.

4. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA “GASTOS” EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO HIPOTECARIO.

4.1. LA CLÁUSULA GASTOS Y SU ABUSIVIDAD.

Visto, a grandes rasgos, las exigencias que se precisan para que en los contratos de préstamo hipotecario no se inserten cláusulas que puedan ser declaradas nulas (por abusividad en sentido estricto, o por falta de transparencia), y las consecuencias que tiene la posible declaración de nulidad en la pervivencia del contrato, voy a hacer mención ahora a un tipo de condiciones que también se acostumbra a incluir en el clausulado de estos contratos, y que establece que los gastos originados por la constitución y pervivencia del préstamo sean satisfechos a cargo de la parte prestataria.

En efecto, es habitual que en los contratos de préstamo hipotecario se imponga la denominada “cláusula gastos”, según la cual *“Serán a cargo del prestatario cuantos gastos se deriven del otorgamiento de esta escritura, así como los que puedan producirse, en su caso, a consecuencia de la cancelación, modificación y ejecución de la hipoteca, así como los gastos extrajudiciales y costas judiciales que se ocasionen a la Entidad prestamista, incluso honorarios de Abogado y Procurador aun cuando no sea preceptiva su intervención. En consecuencia, serán de cuenta y cargo del deudor los gastos ya devengados o que puedan devengarse en el futuro por los siguientes conceptos:...”* y enumera a continuación: a) gastos de tasación del inmueble y de comprobación registral de la finca; b) aranceles notariales y registrales; c) impuestos; d) gastos de gestión (tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos).

Salvo error u omisión míos, la doctrina al respecto arranca de la importante STS 705/2015, de 23 de diciembre¹⁰⁴; y es reiterada en varias Sentencias posteriores: sendas Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha de 15 de marzo de 2018 (las referenciadas con los números: 147/2018; y 148/2018); varias Sentencias, también del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha de 23 de enero de 2019 (referenciadas con los números: 44/2019; 46 /2019; 47/2019; 48/2019; y

104. Esta Sentencia menciona como precedente la dictada por la Sala en fecha 1 de junio de 2000 (550/2000), y también la STS 342/2011, de 25 de noviembre, en sendos casos de contratos seriados de compraventa en los que se incluía una cláusula gastos imputables indiscriminadamente al comprador. El Tribunal Supremo consideró que una cláusula que hace repercutir en el comprador/consumidor los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. En el caso presente (el de la STS 705/2015), la condición general que se discute no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria. Sin embargo, dice el Tribunal Supremo, la doctrina de aquella sentencia es perfectamente trasladable al caso.

49/2019); y las más recientes STS 546/2019, de 16 de octubre de 2019; y 603/2019, de 12 de noviembre de 2019.

En todas ellas se plantea el mismo tema: la nulidad de la cláusula gastos; y se resuelve por el Tribunal Supremo de la misma manera y con idéntica argumentación. Por ello, expondré a continuación la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, sin especificar minuciosamente a qué concreta resolución se refiere, puesto que, como he dicho hay absoluta homogeneidad en el razonamiento.

Parte el Tribunal Supremo del art. 89.3 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre), a tenor del cual son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables; así como los gastos de documentación o tramitación que por Ley corresponda al empresario; el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario; o aquellas que imponen al consumidor bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados. Y de acuerdo con esta norma, el Tribunal Supremo analiza si ha de declarar nula por abusiva¹⁰⁵ la cláusula que atribuye indiscriminadamente el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia al consumidor prestatario; y una vez declarada nula cuáles son las consecuencias de tal declaración.

En SSTS (Pleno) 705/2015, de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, el Tribunal Supremo declaró la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor todos los gastos que genera la operación. Y ello es así -dice la STS (Pleno) 48/2019, de 23 de enero- porque produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En este punto, el Juez deberá valorar si y en qué medida el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en las disposiciones legales aplicables. Y para determinar si existe ese desequilibrio importante, se acoge a lo declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *“no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en*

105. A la luz de la Directiva 13/93 y de la Jurisprudencia analizada en el número 3 de este trabajo.

el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables” (STJUE de 16 de enero de 2014, C226/12, Constructora Principado).

Bajo este prisma, resulta claro que si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación *“puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables ... no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual”*(STS 48/2019, de 23 de enero)¹⁰⁶.

4.2. LA CONSECUENCIA DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA GASTOS.

Visto, por tanto, que una cláusula (no negociada individualmente sino impuesta al consumidor) que impone indiscriminadamente al prestatario el pago de todos los gastos derivados del contrato es abusiva por suponer un importante desequilibrio entre las partes, y por tanto nula, examinaré a continuación las consecuencias que acarrearán la declaración de la nulidad por abusiva de la cláusula gastos.

La consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva por producir un importante desequilibrio entre las partes no puede ser que se expulse del contrato y deje de desplegar efectos vinculantes para el consumidor (como pretendía el recurrente, con base en el art. 6.1 de la Directiva 93/13, y del art. 1303 del Código Civil) con restitución a la parte que abonó tales gastos; sino la consideración de que habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido tal cláusula en el contrato; esto es, como si no existiera la cláusula controvertida, de modo que el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, sino aquellos que por ley le correspondan. Pues, dice la STS 546/2019 de 16 de octubre, *“cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados impuestos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por*

106. Y todas las otras de la misma fecha reseñadas en el texto.

ley les corresponde ... Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico”. “El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.) en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva”.

La consecuencia, pues, de la declaración de nulidad de la cláusula gastos, es el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, mediante un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor (STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016). Y *“aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esa obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor”*(STS 546/2019, de 16 de octubre)¹⁰⁷.

Con base en los anteriores argumentos, y considerando la normativa española aplicable a cada uno de los conceptos por cuyos gastos la cláusula cuestionada atribuye su cargo al consumidor prestatario, el Tribunal Supremo analiza cada una de esas partidas de gastos impuestos al prestatario. Y así:

-A) Por lo que respecta a los gastos notariales por la formación de la escritura pública del préstamo hipotecario y gastos registrales por su necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto el Reglamento del Notariado (art. 63) y el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, de Arancel de los Notarios (Anexo II, norma sexta); como el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, de Aranceles de los Registradores de la Propiedad (Anexo II, norma octava), atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite la certificación.

Es cierto que por ser el contrato de préstamo hipotecario un contrato complejo, en el que se entremezcla inescindiblemente un derecho personal (el préstamo) y un derecho real de garantía (la hipoteca), se podría pensar

107. En este mismo sentido, cfr. SSTS 44, 46, 47, 48 y 49/2019 de 23 de enero; 147 y 148/2018 de 15 de marzo; y STS 603/2019 de 12 de noviembre.

con razón que el que se beneficia del crédito hipotecario es el consumidor prestatario, cuyo interés radica en la obtención de un préstamo a un interés inferior al habitual en los préstamos sin garantía real, por lo que podría estar justificada la obligación del pago de los gastos. Sin embargo, siendo esto cierto, no lo es menos que el beneficiario de la constitución de la garantía hipotecaria es el banco hipotecante, a través de un procedimiento sumamente beneficioso para él. Por ello, a falta de negociación individualizada, una estipulación que hace recaer sobre el consumidor todos los gastos notariales y registrales derivados de la constitución del préstamo hipotecario es una estipulación que produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, y, por tanto, nula. *“La cláusula discutida -dice la STS 705/2015, de 23 de diciembre- no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista”.*

“Desde este punto de vista -dice la STS 546/2019 de 16 de octubre- la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que... es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento”.

Y en cuanto a los gastos de registro de la propiedad, a tenor del RDr 14/27/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, se establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º, que “Los derechos del registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, con las excepciones que prevé. Y *“desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario. Y en cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto”.*

-B) Por lo que respecta al pago de los tributos que gravan el préstamo, resulta asimismo abusiva una cláusula que imputa exclusivamente al consumidor los tributos derivados de la operación, puesto que limita en su perjuicio los derechos que sobre distribución de la carga tributaria están previstos en la legislación fiscal.

En efecto, según el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, está obligado al pago: a) en las transmisiones de bienes y derechos, el que los adquiere; y en la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice el acto, aclarando que en la constitución de préstamos, el obligado será el prestatario. Por otra parte, el art. 15.1 señala que en la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo se tributará por el concepto de préstamo. Y el art. 27 sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, señalando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho, y las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

La interpretación de estas normas ha dado lugar a abundante jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Supremo¹⁰⁸, que en resumen, ha venido a decir que, por lo que respecta al impuesto de transmisiones patrimoniales en la constitución del préstamo hipotecario, por la conjunción de las normas anteriormente señaladas, aparentemente contradictorias, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo del impuesto es el prestatario (STS 148/2018 de 15 de marzo). Pero en cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto -préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública, a tenor de lo previsto en los arts. 27, 28 y 29 LITPAJD, el pago del impuesto se distribuye entre el prestamista y prestatario en función del derecho de cuota fija o de cuota variable.

De esta manera -dice la STS 705/2015- *“la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonio que interese”*. Por lo tanto, se ha de considerar abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

-C) Respecto de los gastos de gestoría o gestión derivados de la formalización del préstamo hipotecario, puesto que no existe norma legal que atribuya su pago a una de las partes (prestamista o prestatario), y dado que cuando se recurre a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto de-

108. Cfr. SSTs (Sala Tercera) de 20 de enero de 2006; 27 de marzo de 2006; 31 de octubre de 2006; 6 de mayo de 2015; 22 de noviembre de 2017, entre otras.

berá ser sufragado por mitad (SSTS 546/2019 de 16 de octubre; 48/2019 de 23 de enero)

-D) Y con relación a las costas del posible proceso y los gastos de Abogado y Procurador, está claro que los correspondientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen imperativamente a quién corresponden, sin que sea posible que una cláusula del contrato no negociada se las atribuya indiscriminadamente al consumidor.

4.6. DE CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ

Diferència entre els arrendaments de temporada i els arrendaments turístics (o cessió temporal d'estades turístiques)

Al Butlletí número XV, corresponent a l'any 2014, de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears es varen publicar dos treballs sobre el contracte d'allotjament o d'estades turístiques. Un dels estudis era a càrrec el professor titular de dret mercantil de la UIB Anselmo Martínez Cañellas, i es titulava "La cesión de uso de la vivienda a no residentes: Contrato de alojamiento (de estanciamientos turísticos) en vivienda y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos". L'altre, escrit per l'advocat expert en dret immobiliari i durant molts anys assessor de la Cambra de la Propietat Urbana, Bernardo Feliu Amengual, duia el títol "Arrendamientos Urbanos: de la Ley Estatal 4/2013 a la Ley General Turística".

Ambdós articles son el fruit d'una taula redona organitzada el 18 de novembre de 2013 per l'Acadèmia en la seu del Col·legi d'Advocats de les Illes Balears amb gran èxit d'assistència que donà compte no tal sols de la vàlua de les persones que hi intervingueren, sinó també del interès que el tema desperta en la societat balear.

La conclusió d'ambdós treballs va ser que en cas que es llogui un habitatge sense prestació de serveis turístics, el contracte serà un arrendament de temporada de la Llei d'Arrendaments Urbans (article 3.2), no regulat per la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme, de les Illes Balears i, per tant, no sotmès al seu règim sancionador.

En el present estudi el que es proposa es una nova mirada sobre la situació per verificar si aquesta conclusió inicial continua essent vàlida, especialment en vista que la matèria ha estat objecte de nova regulació estatal pel Real Decret Llei 7/2019, d'1 de març, i de regulació autonòmica per la Llei 6/2017, de 31 de juliol, de modificació de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears, relativa a la comercialització d'estades turístiques a habitatges, i pel Decret Llei 3/2017, de 4 d'agost, de modificació de la

Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears i de mesures per afrontar l'emergència en matèria d'habitatge a les Illes Balears.

El context social d'una llei i l'altra, la de 2012 i la de 2017, no és idèntic. En el moment de promulgar-se la primera la preocupació que va prevaler a l'hora de legislar va ser la dels empresaris hotelers que veien en l'allotjament turístic una d'activitat econòmica que podia constituir una competència deslleial ja que aquest tipus d'arrendament podia suposar una activitat turística no reglada i no sotmesa a la fiscalitat aplicable als establiments hotelers.

Així al seu treball de 2013, N^o Anselmo Martínez deia:

«Las empresas hoteleras han calificado de competencia desleal este tipo de cesiones de uso pues entienden que eluden las normas que a ella les impone la Ley del Turismo de las Illes Balears, pues ofrecen el uso de una vivienda y se dirigen a persona no residente, que viene temporalmente a las islas a realizar una estancia que, según la amplia definición del artículo 3 a) de la Ley del Turismo de las Illes Balear, se debe calificar como turística».

Curiosament, però, el legislador autonòmic de 2012 no reconeix expressament aquesta finalitat al regular l'allotjament turístic, sinó que, al contrari, en l'exposició de motius es recullen lloances per aquesta activitat tot assenyalant que:

«Una de les principals novetats d'aquesta llei és la regulació dels establiments d'allotjament turístic coparticipat, compartit o altres formes anàlogues d'explotació d'allotjament turístic, amb el benentès que es consideren fórmules essencials per atreure la inversió, contribuir a la desestacionalització, millorar la qualitat dels establiments i dels serveis que s'hi presten, de manera que queda expressament manifestat que aquestes formes d'explotació són incompatibles amb l'ús residencial en un mateix establiment. Es considera que aquestes noves formes d'explotació constitueixen una oportunitat per facilitar l'actualització de la planta hotelera, i que genera ocupació, tant per la millora de servei i els serveis complementaris que es desenvolupen al voltant d'aquestes noves formes d'explotació com per l'ocupació que genera la mateixa actualització, modernització i reconversió de la nostra indústria turística, a més de la que es genera per l'allargament de la temporada turística».

El clima social que va precedir a la promulgació de la llei del 2017 era, com dèiem abans, diferent, ja que es donava un important debat públic

sobre la qüestió de fins a quin punt el desenvolupament de l'allotjament turístic, especialment en zones urbanes, havia contribuït a la gentrificació, al increment excessiu del preu del lloguer de l'habitatge amb repercussió en les condicions de vida dels residents en nuclis urbans, debat social que encara avui continua en plena vigència.

Per això, una de les finalitats de la Llei 6/2017, de 31 de juliol ha estat, precisament, la de contribuir a la solució d'aquest problema que està impedit l'accés de sectors amplis de la població, especialment els joves, a un habitatge digne, de manera que la nova regulació el que pretén és establir limitacions a l'allotjament turístic, considerat com a una de les causes de la manca d'habitatges disponibles per als residents. En aquest cas, la nova norma sí que fa al·lusió expressa a aquesta finalitat quan en l'exposició de motius indica:

«En tots els casos, aquesta regulació no pot obviar les diverses problemàtiques que la comercialització d'estades turístiques a habitatges d'ús residencial pot comportar, per la qual cosa s'estableixen uns límits i unes formalitats legals relacionats bàsicament amb la salvaguarda del dret al domicili lliure d'immissions, l'urbanisme, l'ordenació del territori i el medi ambient adequat.[...]. Pel que fa als límits indicats abans, prenent en consideració el gran nombre de noves altes d'habitatges comercialitzats turísticament que hi ha hagut en els darrers anys, i en previsió d'incorporar en aquesta llei la comercialització turística en habitatges sotmesos al règim de propietat horitzontal, es fa imprescindible un control d'aquesta activitat des dels punts de vista urbanístic, territorial, mediambiental i tributari. S'ha de prestar especial atenció a les repercussions que aquesta pot suposar sobre la configuració dels barris o les zones on es concentra l'oferta i en la convivència pacífica en aquests, a més de l'existència d'infraestructures adequades i, a escala general, en el fet d'evitar una pujada de preus de l'arrendament o de l'habitatge, així com en la manca d'oferta d'aquest per a la població resident ».

Més endavant la mateixa exposició de motius al·ludeix a la manera com l'oferta il·legal d'habitatges d'ús residencial ha agreujat el problema de l'habitatge a les nostres Illes provocant així la pujada del preu dels lloguers: « [...] i això en atenció als grans prejudicis ja detectat que fa aquest tipus d'oferta il·legal a la població en general de les Illes Balears, atès que provoca manca d'oferta d'immobles destinats a satisfer les necessitats permanents d'habitatge».

El títol del Decret Llei 3/2017, de 4 d'agost, quatre dies posterior a la llei i que tenia com a finalitat principal corregir una omisió que s'havia produït al no haver modificat la llei l'article 49 de la Llei de Turisme ja és suficientment

expressiu: «mesures per afrontar l'emergència en matèria d'habitatge a les Illes Balears».

L'arrendament de temporada

Una de les novetats de la Llei d'Arrendaments Urbans vigent, Llei 29/94, de 24 de novembre, va ser la incorporació dels arrendaments de temporada al seu àmbit material d'aplicació. En efecte, les anteriors lleis especials locatives, la de 22 de desembre de 1955 i la de 24 de desembre de 1964 exclouien de la seva regulació els arrendaments de temporada que quedaven així sotmesos a la voluntat de les parts i al Codi Civil. En canvi, la llei del 94 inclou els contractes locatius de temporada considerant-los com a arrendament per us distint del d'habitatge quan al seu article 3.2 estableix que “En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas por temporada, sea esta de verano o cualquier otra ...”.

De la consideració de l'arrendament de temporada com arrendament d'us distint del d'habitatge contemplat a la Llei d'Arrendaments Urbans se'n deriva un règim de fonts legals per aquest tipus de contracte que és el següent:

Primer: La Llei d'Arrendaments Urbans pel que fa referència a les normes generals del títol I (àmbit de la llei, règim aplicable, i arrendaments exclosos) i títol IV (fiança i formalització del contracte). La principal conseqüència pràctica de l'aplicació preferent d'aquest seguit de normes serà l'obligatorietat de depositar una fiança de dos mesos en el registre corresponent de la Comunitat Autònoma (article 36.1 de la Llei d'Arrendaments Urbans).

Segon: La voluntat de les parts amb plena llibertat de pactes.

Tercer: Títol III de la Llei d'Arrendaments Urbans. Encara que no ho digui expressament l'article 4.3, pareix que no podran ser aplicables als arrendaments de temporada els articles 32 (cessió de contracte i subarrendament) 33 (subrogació de l'hereu o legatari si dins el local es du a terme una activitat empresarial o professional) i 34 (indemnització al arrendatari per extinció del contracte de local en el qual es du a terme una activitat de venda al públic en certs supòsits), ja que aquests preceptes tan sols tenen sentit en el cas de lloguer de local de negoci.

Quart: El Codi Civil.

D'aquest règim de fonts del contracte es dedueix que, en realitat, la Llei d'Arrendament Urbans de 1994 inclou els arrendaments de temporada en

el seu àmbit per, acte seguit, treure'ls i deixar a les parts llibertat per pactar el seu contingut sense submissió a normes imperatives que es reserven, essencialment, als arrendaments d'habitatge.

Cal fer esment, però, de dos elements del contracte d'arrendaments de temporada que resultaran importants en la seva comparació amb els arrendaments turístics: l'objecte i la temporalitat.

a) L'habitabilitat de l'edificació

Pel que fa a l'objecte del contracte, l'article 3.1 de la Llei d'Arrendaments Urbans demana, tan sols, que es tracti d'una edificació quan estableix que «Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior». Del text literal del precepte en resulta que la llei no demana expressament que l'edificació que es llogui sigui habitable, a diferència del que sí exigeix l'article 2.1 quan defineix d'arrendament permanent d'habitatge: «Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario».

L'omissió de la referència a l'habitabilitat pot tenir la seva explicació en el fet que l'arrendament de temporada sigui assimilat, en la seva regulació en la Llei d'Arrendaments Urbans, al arrendament d'us distint de l'habitatge, concepte dins el qual es poden incloure immobles no habitables (locals, instal·lacions, solars). En efecte, la rúbrica de l'article 3 («Arrendamiento para uso distinto del de vivienda») es presta a confusió ja que l'arrendament de temporada, al qual també es refereix el precepte té per objecte un habitatge. Aquesta deficiència tal vegada es degui a que la incorporació dels arrendaments de temporada a la Llei d'Arrendaments Urbans no apareixia en el projecte de llei sinó que es va produir ja iniciada la tramitació parlamentària. En qualsevol cas, en la seva literalitat, el precepte engloba arrendaments d'habitatges i d'immobles que no ho son.

L'important es, però el regim legal de manera que, a manca de previsió contractual sobre l'habitabilitat dels arrendaments de temporada, regirà el Codi Civil, en concret l'article 1154 que estableix que l'arrendador queda obligat: «2.º A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada; 3.º A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato». Efectivament, l'arrendador té l'obligació de

mantenir l'edificació objecte d'un contracte de temporada en estat de servir per l'ús pactat que no pot ser altre, evidentment, que la seva habitabilitat, és a dir, que tingui les condicions materials necessàries per a ser habitat.

Aquest requisit de l'objecte del arrendament de temporada, l'habitabilitat, adquireix significació especial quan contrastem l'arrendament de temporada amb d'arrendament turístic (que és la finalitat d'aquest treball) ja que en aquest darrer tipus de contracte, el que fa la legislació autonòmica, com veurem, és afegir condicions addicionals específiques d'habitabilitat del seu objecte derivades de la seva destinació a estada turística.

b) La temporalitat

Per la seva banda, la temporalitat opera en aquest tipus de contracte d'arrendament de temporada, més que com a fixació de la seva duració, com a causa del contracte que el diferencia i el fa mereixedor d'un règim singular¹⁰⁹. En efecte, el que distingeix un arrendament de temporada d'un arrendament d'habitatge és que en aquest darrer cas la finalitat o causa del contracte és la de satisfer la necessitat permanent d'habitatge del arrendatari. Així, recordem-ho, l'article 2.1 de la Llei d'Arrendaments Urbans estableix que «Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario». En sentit contrari, l'arrendament de temporada és aquell que no té aquesta finalitat sinó que la seva duració és limitada en el temps fins a tal punt que aquesta característica, la curta durada, en és la que s'inclou com a definitiva en la seva designació: arrendament de temporada.

Doncs bé, la regulació de l'arrendament turístic també incidirà en aquest element de la temporalitat tot establint requisits que suposen que la durada del contracte ha de ser especialment curta. A l'arrendament turístic la finalitat del contracte, és a dir, la seva causa, és també la necessitat temporal d'habitatge, però es tracta d'una temporalitat determinada pel fet de que mitjançant el contracte el que es pretén és dur a terme una activitat turística, la qual cosa té el seu reflex en els terminis del contracte, de manera que la seva curta duració, si es vol, la seva temporalitat accentuada, sí que es considera com a definitiva del tipus de contracte, arrendament turístic, i és un dels elements que fan que estigui sotmès a la corresponent legislació autonòmica.

¹⁰⁹. Clarament ho assenyala la sentència del Tribunal Suprem de 15 de desembre de 1999 quan estableix que l'essencial per a considerar un contracte com a de temporada no és el termini pactat sinó la finalitat a la qual es destina.

L'exclusió de l'article 5 e) de la Llei d'Arrendaments Urbans

Acabem de veure com l'article 3.1 de la Llei d'Arrendaments Urbans es refereix als arrendaments de temporada per regular el regim que els hi és aplicable el qual, a la seva vegada, suposa que la pròpia llei especial locativa no els hi resulta d'aplicació preferent, sinó que aquest tipus de lloguers regiran, bàsicament, per la voluntat de les parts i, supletòriament, pel Codi Civil.

Doncs bé, l'article 5 e), introduït per la Llei 4/2103, torna a incidir en aquest tipus de contracte de lloguer per excloure de la consideració d'arrendament de temporada i del seu règim legal un determinat tipus d'arrendament, l'arrendament turístic. Recordem el text d'aquest nou precepte que sostreu de l'àmbit d'aplicació de la Llei d'Arrendaments Urbans el següents contractes:

«e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística».

Deixarem per més endavant l'estudi de cada un dels requisits legalment establerts per a que aquest tipus de contracte quedi exclòs de la Llei d'Arrendaments Urbans. Ara farem referència a alguns aspectes generals que se'n deriven de la inserció d'aquesta norma a la llei especial locativa:

a) Així com els arrendaments de temporada es mantenen dins l'àmbit del dret privat (no regulats per la LAU, sinó per la voluntat de les parts i el Codi Civil), l'exclusió del article 5 e) de la LAU remet els contractes als quals fa referència -els arrendaments turístics- fora de l'àmbit del dret privat i els col·loca dins el del dret administratiu.

b) El títol competencial en el qual es basa la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del Turisme de les Illes Balears és el que estableix l'article 148.1.18a de la Constitució quan disposa que les comunitats autònomes poden assumir les competències en matèria de promoció i ordenació del turisme, i l'article 30.1 del Estatut de les Illes Balears que atribueix a la comunitat autònoma competència exclusiva en matèria de ordenació i planificació del sector turístic, regulació i classificació de les empreses i dels establiments turístics. El que es vol dir amb això és que l'article 5 e) de la LAU no pot regular un determinat tipus d'activitat turística ja que, en aquest cas, l'Estat estaria

envaint competències autonòmiques i que, per una altra banda la regulació autonòmica no pot estar creant ni pot referir-se a un determinat tipus de contracte d'arrendament ja que això ultrapassaria àmpliament la seva competència d'ordenació y regulació de l'activitat turística.

La regulació d'un determinat contracte sotmès a dret civil tampoc es podria emparar en l'article 30.37 de l'Estatut que declara com a competència exclusiva de la Comunitat Autònoma el desenvolupament del dret civil propi ja que l'actual Compilació de dret civil de les Illes Balears no regula els arrendaments, ni tan sols els contractes; i difícilment es pot considerar que estem davant una matèria «connexa a les ja regulades» a les quals la sentència del Tribunal Constitucional de 12 de març de 1993 estén la competència de les comunitats autònomes de desenvolupament del dret civil propi.

De fet, el propi legislador autonòmic no invoca aquesta competència en la regulació de la comercialització d'estades turístiques a habitatges, sinó que tan sols fa al·lusió a la competència en dret civil propi quan en l'exposició de motius de la Llei 6/2017, de 31 de juliol, justifica la regulació de certs aspectes de les comunitats de propietàries (règim de majories per l'acord de permetre aquest tipus d'activitat), i ho fa esmentat expressament que el dret civil propi de les balears contempla la propietat i altres drets reals.

L'article 5 e) de la LAU és així una norma de remissió a la legislació autonòmica perquè aquesta pugui regular un tipus d'estades amb certes característiques que el mateix precepte designa, però el requisit essencial per que pugui operar l'exclusió de l'àmbit d'aplicació de la LAU és que l'arrendament sigui considerat per la legislació autonòmica no com a contracte en ell mateix, sinó com a integrat dins una activitat que la mateixa legislació autonòmica considera turística.

Es per això que l'article que comentem s'ha considerat superflu ja que, encara que no s'hagués introduït en la Llei d'Arrendaments Urbans, hagués quedat incòmode la competència de les comunitats autònomes per regular l'activitat turística i s'ha estimat que “no supone ninguna novedad ya que viene a reforzar una exclusión ya determinada en el reparto de competencias previsto en nuestra Carta Magna”¹¹⁰. No es poden deprecier, però, les conseqüències que la inserció d'aquest precepte en la llei especial locativa ha produït en el nostre ordenament jurídic.

110. Botello Hermosa, José María. “El controvertido apartado e) del artículo 5 de la LAU. Una exclusión condicionada. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n° 766, págs. 821 a 843.

Efectivament, l'article 5 e) de la Llei d'Arrendaments Urbans descansa sobre la previsió d'un doble nivell de legislació. Per una banda, el seu objecte és un contracte que, si compleix els requisits que el mateix precepte recull, queda sotret de l'àmbit d'aplicació de la Llei d'Arrendaments Urbans. Però, a més a més, si l'activitat dins la qual s'emmarca és considerada com a turística per la legislació autonòmica, el contracte queda sotmès a la dita normativa autonòmica. En canvi, si el contracte no queda inclòs en la regulació autonòmica com a part d'una activitat turística, l'arrendament pot tornar a ser considerat com de temporada, dins l'àmbit d'aplicació de la Llei d'Arrendaments Urbans com arrendament d'ús distint d'habitatge (article 3.2).

Una conseqüència pràctica del que acabem de dir és el relatiu al requisit establert a l'article 5 e) de la Llei d'Arrendaments Urbans de que la cessió d'ús sigui «comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción» ja que al recollir aquest exigència, la llei estatal incideix en la competència autonòmica sobre activitat turística. Per exemple, es pot donar el cas que la regulació autonòmica no es refereixi a la comercialització com a criteri per a definir els arrendaments turístics perquè es consideri, tal vegada amb bon criteri, que el que resulta rellevant no és la manera en que es comercialitza el lloguer, sinó el contingut del contracte. Què passaria amb un contracte que compleix tots els requisits que la legislació autonòmica estableix per a considerat com a turístic, però no es comercialitza ni per internet ni per qualsevol altre canal, sinó boca a boca i la legislació autonòmica no recull la comercialització com a criteri legal definitori de la seva condició de contracte turístic? L'arrendament hauria de ser de temporada o turístic? Si es considera que estem davant un contracte civil (no sotmès a la Llei d'Arrendaments Urbans) i que no és matèria de dret civil foral o especial (per exemple de dret civil balear), es tractaria d'una matèria sotmesa a dret civil estatal (article 149.1.8è de la Constitució) i, per tant, d'un contracte plenament ajustat a dret. Si considerem que el que s'està fent és una activitat turística, llavors cauria en l'àmbit competencial autonòmic (article 148.1.13è de la Constitució) i, per tant, es tractaria d'un lloguer turístic, d'una cessió d'estada turística sotmesa al requisit de la llicència.

c) Curiosament, el text articulat de la Llei d'Arrendaments Urbans no posa directament en relació el règim legal dels arrendaments turístics amb el dels arrendaments de temporada. Això es fa al preàmbul, per establir l'aplicació supletòria de les normes dels arrendaments de temporada en aquests termes:

«Por último, en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que

podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos; de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación».

En el sistema dissenyat a la Llei d'Arrendaments Urbans, les cessions d'habitatges que no es poden enquadrar dins la categoria de lloguer turístic, recuperen la seva condició d'arrendaments de temporada.

En conseqüència, no es pot considerar l'article 5 e) de la Llei d'Arrendaments Urbans com a superflu ja que el que permet és que certs arrendaments, que sense aquest precepte es podien entendre com a de temporada (i, per tant, de regulació estatal), puguin ser considerats com a integrants d'una activitat turística (i, per tant, regulats per la legislació autonòmica). El precepte pot ser contemplat com una norma de cessió de competències estatals a les comunitats autònomes mitjançant la conversió d'un contracte civil en acte integrat dins una activitat sotmesa al dret administratiu (turisme), o com a clarificador de la confusió que es podria donar entre la competència exclusiva de l'Estat sobre legislació civil (article 149.1.8è de la Constitució) i la competència de les comunitats autònomes en matèria d'ordenació del turisme en el seu territori (article 148.1.18è de la Constitució) quan ambdues poden recaure sobre la cessió d'un habitatge destinat a una finalitat distinta de la de satisfer la necessitat d'habitatge permanent.

L'article 5 e) de la Llei d'Arrendaments Urbans té un doble efecte. D'una part incideix en la distribució de competències entre Estat i Comunitats Autònomes, en quant amplia la competència autonòmica per regular l'activitat turística a activitats que fins a aquest moment no es consideraven com a tal i, per tant, estaven regulades per la legislació estatal (Codi Civil i Llei d'Arrendaments Urbans); i, per altre part, extreu una activitat humana de l'àmbit del dret civil i la traslladar al àmbit del dret administratiu, la qual cosa vol dir que els contractes no es contemplen principalment com a un pacte entre les parts sinó com a actes integrats en una activitat que es regula per l'interès públic que en ofereix.

De fet, l'antiga normativa turística estatal, constituïda per l'Ordre de 17 de gener de 1967 i Real Decret 2877/1982, de 15 d'octubre es referia ja als habitatges per a vacances i establia per a ells un règim d'intervenció administrativa, encara que més lleuger que el que les mateixes normes preveïen per l'exploració d'apartaments turístics en blocs o conjunts. Per la seva

banda, el Parlament Balear va aprovar la Llei 2/1984, de 12 d'abril sobre allotjaments extra hotelers que, pel que fa als habitatges aïllats, es remetia a l'esmentat Real Decret 2877/1982, de 15 d'octubre.

Tota aquesta normativa va conviure amb els arrendaments de temporada, regulats al Codi Civil i a la Llei d'Arrendaments Urbans, fins a la modificació d'aquesta darrera norma, operada mitjançant la Llei 4/2013, de 4 de juny, que va introduir al seu article 5 la lletra e) que, com venim dient, és la norma que va permetre que una matèria, fins aleshores civil, fos regulada pel dret administratiu, com havia passat amb la resta dels allotjaments o estades turístiques.

El contracte d'hostalatge

El contracte d'hostalatge és aquell en el qual juntament amb la cessió de l'ús de l'habitatge o de part d'ell, l'arrendador s'obliga a prestacions addicionals de caire principal que excedeixen o desborden les que son pròpies d'un contracte d'arrendament.

Es tracta de contractes complexos que mai s'han considerats compresos dins l'àmbit d'aplicació de la legislació especial d'arrendaments urbans. Avui es pot dir que ni tan sols es tracta d'arrendaments per ús distint de l'habitatge de l'article 3.1 de la Llei d'Arrendaments Urbans de 1994, sinó que es troben on sempre s'han trobat, és a dir, regulats directament pel que estableixen les parts en virtut del principi d'autonomia de la voluntat (article 1255 del Codi Civil). És a dir, en relació al contracte d'hostalatge no passa el que hem descrit pel contracte d'arrendament de temporada, que la Llei d'Arrendaments Urbans de 1994 l'inclou per immediatament excloure'l i sotmetre'l a la voluntat de les parts i al codi civil sinó que ja d'antuvi aquesta és la situació, es a dir, que el contracte d'hostalatge sempre s'ha regulat per la voluntat de les parts (i en el seu defecte, com és obvi, pel Codi Civil).

Es dona la circumstància que a les legislacions autonòmiques, entre elles la balear, com veurem, l'arrendament turístic es defineix mitjançant l'adició de prestacions a la cessió de l'ús de l'habitatge (neteja, internet...) Això a duit a qualche autor a sostenir que aquesta regulació no configura un contracte d'arrendament, sinó d'hostalatge i que, per tant, no es pot considerar arrendament turístic.

El cert és, però, que aquesta mutació de qualificació jurídica no és suficient per esquivar l'aplicació de la normativa sobre arrendaments turístics per dues raons. En primer lloc perquè, com hem dit abans, l'essencial en aquest tema és que la activitat concretament contemplada pugui ser considerada com a activitat turística ja que això suposa la competència de la comunitat autònoma en qüestió per regular-la i, per tant, per sotmetre-la a un règim sancionador pel cas de que es dugués a terme sense la corresponent llicència, amb independència de la qualificació jurídica del contracte en qüestió. En segon lloc, perquè la legislació sobre arrendaments turístics ni tan sols empra el terme arrendament. Així la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears inclou aquesta activitat dins el seu capítol IV sota la rúbrica «empreses comercialitzadores d'estades turístiques en habitatges», nomenclatura que es mantén en la Llei 6/2017, de 31 de juliol que reforma especialment aquesta matèria i que du el títol de «modificació de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears, relativa la comercialització d'estades turístiques a habitatges», la qual cosa reafirma l'idea que l'essencial és que el contracte sigui considerat com a un instrument de l'activitat turística.

Per tant, encara que poguéssim entendre que quan utilitzem els termes arrendament turístic, pel contingut de les prestacions que estableixi la legislació autonòmica ens estem referint a un contracte d'hostalatge, això no té cap rellevància pel que fa al règim legal aplicable.

L'arrendament turístic, un contracte normat?

La regulació de l'arrendament turístic incideix directament en la llibertat contractual. D'un arrendament com el de temporada regit, com hem dit, per la voluntat de les parts i, supletòriament, pel dret civil, es passa a un arrendament, com és ara el turístic, en el qual la voluntat de les parts està fortament limitada i el seu contingut en gran mesura es veu normativament determinat.

En Castán defineix els contractes normats com “aquellos en que los contratantes solo pueden establecer sus pactos y condiciones dentro de ciertos límites fijados por el poder público. En vista de la función social del respectivo contrato”¹¹¹.

111. CastánTobeñas, José. “Derecho civil español común y foral” Tomo III, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general. Ed. Reus, Madrid 1974, p. 422.

Tal com proposa Benítez Caorsi, aquesta definició s'ha d'ampliar avui en dia a aquells supòsits en els quals l'Estat assumeix la funció de política econòmica de dirigir certes activitats¹¹².

Ara bé, característica pròpia del contracte normat és que el seu contingut vengui regulat, al menys parcialment, per normes imperatives, de manera que la llei corregeix qualsevol desviació respecte del que hagin pactat les parts i que no sigui conforme al contingut imperatiu. Les clàusules contràries a les normes imperatives son nul·les i substituïdes per les corresponents previsions legals. Per exemple, en matèria d'arrendaments urbans destinats a satisfer la necessitat d'ús permanent d'habitatge, sotmesos a la Llei d'Arrendaments Urbans, si les parts pacten que no hi ha pròrroga, aquesta clàusula es té per no posada i substituïda pel que disposa l'article 9 de la mateixa llei sobre duració mínima del contracte. La llei, doncs, penetra en l'interior del contracte i substitueix la voluntat de les parts per la del legislador

No és això, en canvi, el que succeeix en el cas dels arrendaments turístics. El contingut del contracte no és objecte directe del legislador, encara que es veu influït indirectament per la regulació administrativa de l'activitat de la qual el contracte en qüestió n'és l'instrument. En efecte, el que la llei contempla en aquests casos es una activitat en la qual el legislador identifica uns elements de interès públic que la fan mereixedora d'una determinada regulació. És possible que aquesta activitat, per exemple, la turística, es dugui a terme, al menys parcialment mitjançant la celebració de contractes, que es pacten per escrit o verbalment amb els clients, però l'interès directe de la norma no son aquests contractes sinó l'activitat turística. És a dir, en aquests casos el legislador contempla de manera directa l'activitat objecte de regulació encara que és possible que aquesta normativa influeixi en el contingut dels contractes si es vol aconseguir determinats objectius sobre els quals recau un interès públic, com poden ser la garantia d'una qualitat en el servei o la protecció dels clients com a consumidors.

En aquest darrer cas, però, la norma es fixa no tant en la formació de la voluntat de les parts, imposant un determinat contingut al contracte, com en l'incompliment dels requisits que el legislador determina per poder considerar l'activitat com a legal, de manera que la infracció de les previsions legal dona peu a la imposició d'una sanció.

Si observem la legislació autonòmica, en concret pel que fa a la nostra comunitat autònoma, la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes

112. Benítez Caorsi Juan J. "El contrato normado". <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view-File/296/322> [Data consulta, 12 de febrer de 2020]

Balears, relativa a la comercialització d'estades turístiques a habitatges, el que trobem és que no hi ha referència directa a una figura de contracte d'arrendament turístic o d'hostalatge el contingut del qual ni regula ni qualifica ni tan sols descriu, sinó que el que la norma contempla és una activitat turística portada a terme per “empreses comercialitzadores d'estades turístiques en habitatges” (Capítol IV).

La conclusió del que dèiem és que, en el cas de l'arrendament turístic, quan és regulat per la legislació autonòmica de turisme, el contracte d'arrendament perd la seva condició d'arrendament de temporada sotmès a dret civil (voluntat de les parts i Codi Civil) no pel seu contingut, és a dir, per les obligacions que crea, sinó perquè es celebra dins el marc d'una activitat turística legalment definida com a de “comercialització d'estades turístiques”.

La legislació autonòmica que, segons el que anem dient, és finalment la que el regula, no estableix un contingut mínim per l'arrendament turístic, sinó que el que fa és definir quan arrendar un habitatge té la consideració d'activitat turística i, per tant, està sotmesa a autorització o llicència administrativa.

L'activitat de cessió temporal d'estades turístiques

L'article 3 b) de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del Turisme de les Illes Balears considera com a activitat turística: “la destinada a proporcionar als usuaris els serveis d'allotjament, restauració, intermediació, informació, assistència o altres activitats d'entreteniment, esbarjo o esportives i la prestació de qualsevol altre servei relacionat amb el turisme”.

Per la seva banda, l'article 49 estableix que “Són empreses comercialitzadores d'estades turístiques a habitatges les persones físiques o jurídiques que comercialitzen turísticament la totalitat d'un habitatge residencial, per períodes de curta durada, en condicions d'ús immediat i amb finalitat lucrativa, comercialització que es pot alternar amb l'ús pròpiament d'habitatge que els caracteritza”.

A l'article 50 es recullen els serveis que ha de proporcionar el comercialitzador d'estades turístiques i al 51 la tipologia que aquests habitatges han de tenir.

La cessió d'estades turístiques com activitat turística, està sotmesa a llicència administrativa de manera que la seva publicitat, sense haver

presentat la corresponent declaració responsable es considera clandestina o il·legal i dona peu a l'aplicació d'una sanció (article 28), està subjecta a inspecció (articles 93 i següents) i a sanció en cas de que l'activitat es dugui a terme sense compliment de les prescripcions legals (article 102 i següents).

Un cop que l'esmentada activitat queda sotmesa a dret administratiu tan sols es pot dur a terme si es compleixen els requisits que la pròpia llei estableix. Així s'explica que la Llei del turisme de les Illes Balears, quan regula l'arrendament turístic o, com diu el text legal, «la comercialització d'estades turístiques», comença els corresponents preceptes amb les paraules «Es poden comercialitzar estades turístiques...», «Només es pot dur a terme l'activitat de comercialització d'estades turístiques ...», «No es poden comercialitzar estades turístiques...», establint així els requisits perquè es dugui a terme l'activitat turística, de manera que si no s'incomplixen, l'activitat és legal. El contracte és l'expressió de la il·legalitat de l'activitat.

El punt de vista de l'ordenament jurídic privat és el contrari, és a dir l'activitat, en el cas examinat, el lloguer de temporada, es pot dur a terme sense autorització de cap poder públic i el legislador el que fa és establir certes condicions per tal que la voluntat de les parts produeixi plens efectes jurídics d'acord amb el que les parts han pactat.

De tot això en podem treure una primera conclusió:

Primera conclusió: Si un arrendament turístic no reuneix els requisits de la legislació autonòmica de turisme per a ser considerat com a «comercialització d'estada turística», això no vol dir que es pugui qualificar com a arrendament de temporada ja que si l'activitat es considera turística queda fora de l'àmbit d'aplicació de la Llei d'Arrendaments Urbans i sols es pot dur a terme amb la corresponent llicència la qual no s'obtindrà si l'arrendament no compleix els requisits que la mateixa legislació autonòmica ha fixat.

La incidència de l'ús de les tecnologies en la comercialització

Així doncs, l'arrendament de temporada passa a ser turístic i és objecte de regulació perquè és comercialitzat com a element integrat dins una activitat de comercialització, en el nostre cas, d'estades turístiques. Recordem que l'article 5 e) de la Llei d'Arrendaments Urbans priva l'arrendament de la seva consideració legal com a “de temporada” a causa de la seva comercialització (“La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada

en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción”).

Es pot aventurar, però que, sense la implantació de les noves tecnologies el legislador no s'hagués fixat en la comercialització d'aquest tipus d'arrendament, i que ha estat l'ús d'Internet el que ha donat a aquesta activitat unes dimensions que han afectat a l'oferta legal (per uns) o han creat un problema d'habitatge a certes ciutats (per altres) o, el que és més segur, les dues coses.

Vivim en un món on la tecnologia ha anat guanyant terreny, on gran part de les transaccions es poden fer en plataformes de Internet (tipus Airbnb) mal anomenades “col·laboratives” (ja que no són gratuïtes, com suggereix el nom sinó que tenen caràcter lucratiu)¹¹³ que connecten particulars o empresaris (petits o grans) amb demandants de determinants bens o serveis que es destinen directament a una explotació econòmica.

Tal com explica Carmen Herrero Suárez¹¹⁴:

Airbnb fue fundada en San Francisco en 2008 y constituye actualmente, una de las mayores compañías de hospedaje del mundo.... Compañía de hospedaje que no tiene un solo hotel... Representa un modelo de negocio nuevo, basado en la externalización de servicios y riesgos, en el que las infraestructuras son desplazadas por la intermediación. Airbnb opera como una red social en la que las personas ponen sus casas (completas o habitaciones) a disposición de los viajeros por el precio que cada uno estime oportuno. La web se encarga de gestionar el cobro y el pago de forma segura (cobra por adelantado pero no paga al arrendador hasta que se haya alojado el huésped sin incidencias), facilita la plataforma para que quien quiera exponga su oferta y actúa como red social creando un entorno confiable para la realización de las transacciones económicas: recoge comentarios de cada una de las viviendas, la biografía del arrendador y, sobre todo, permite conocer las opiniones y evaluaciones de otras personas sobre los alojamientos, el trato recibido,...

113. Olmedo Peralta, Eugenio, “Competencia dentro de las plataformas de economía colaborativa. Posibles prácticas restrictivas de los mal llamados “prosumidores”. En *Las viviendas vacacionales: Entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*. Coord. por Beatriz Fonticiella Hernández; Inmaculada González Cabrera (dir.), María del Pino Rodríguez González (dir.), 2019, ISBN 978-84-1324-147-0, págs. 207-232 Ed Dykinson, 2019.

114. Herrero Suárez, Carmen. “Las viviendas de uso turístico: ¿El enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientoturísticos” *Revista de Estudios Europeos* N° 70, julio-diciembre, 2017-147-158.

A cambio de esta labor mediadora, Airbnb recibe una comisión de los viajeros y una comisión de los anfitriones”.

És aquesta via de comercialització la que va permetre que l'arrendament turístic adquirís una dimensió suficient com per despertar l'atenció i l'interès del legislador. En efecte, aquesta qüestió de les vies a través de les quals aquest tipus d'habitatges s'ofereix al públic ha estat objecte ja de canvis legislatius des de la introducció del corresponent precepte (article 5. e) de la Llei d'Arrendaments Urbans) en 2013 fins a l'actual redacció, que es deu al Real Decret Llei 7/2019, d'1 de març. Així, en la seva primera versió, la norma feia referència a que la cessió temporal dels habitatges d'ús turístic es limitava, en principi, a la que es fes per “canales de oferta turística”. En canvi, l'actual redacció vol ser molt exhaustiva quan recull que el precepte s'aplicarà a la cessió temporal dels habitatges d'ús turístic quan sigui “comercialitzada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción”¹¹⁵. La intenció del legislador ha estat, probablement, esvair les dubtes que havia provocat la primera redacció que va ser interpretada per alguns en el sentit de que si la comercialització es feia mitjançant una agència immobiliària el contracte no es consideraria arrendament turístic ja que no es tractava d'un “canal de oferta turística”, sinó d'una via de natura distinta.

La veritat és, però que la legislació autonòmica balear ja havia ampliat pel seu compte el concepte de comercialització. En efecte, la Llei 6/2017, de 31 de juliol va introduir a l'article 3 de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears, una nova lletra, la “n”, que recull la definició legal de “canals d'ofertes turístiques pel que fa a la comercialització d'estades turístiques” en aquests termes:

“Tot sistema mitjançant el qual les persones físiques o jurídiques, directament o a través de tercers, comercialitzen, publiciten o faciliten, mitjançant enllaç o allotjament de continguts, la reserva d'estades turístiques a habitatges, bé sigui per terminis de dies o setmanes amb el límit establert en l'article 50 d'aquesta llei, bé sigui amb prestació d'alguns dels serveis prevists en l'article 51 d'aquesta. Entre d'altres, les agències de viatges; les

115. S'ha de dir que aquesta modificació ha patit una tramitació parlamentària tortuosa ja que va ser intentada pel Real Decret-Llei 21/2018, de 14 de desembre, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer, norma que va ser derogada per Resolució de 22 de gener de 2019 del Congrés dels Diputats i, finalment, va ser aprovada per l'esmentat Real Decret-Llei 7/2019, de 1 de març de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer. La conflictivitat del procés legislatiu del qual dona una idea aquests avatars tenia per objecte, especialment, altres mesures que no eren aquesta de la modificació de l'article 5 e) de la Llei d'Arrendaments Urbans que a l'exposició de motius d'ambdós reals decrets es justifica en raons de millora tècnica de la redacció.

centrals de reserva; altres empreses de mediació o organització de serveis turístics, inclosos els canals d'intermediació a través d'internet o altres sistemes de noves tecnologies d'informació i comunicació; les agències immobiliàries; així com la inserció de publicitat en mitjans de comunicació social, qualsevol que en sigui els tipus o suport”.

El legislador autonòmic ha posat especial esment en incloure dins la comercialització la que fa la mateixa persona propietària ja que l'article 50.1 de la Llei del Turisme de les Illes Balears estableix que “Es poden comercialitzar estades turístiques de curta durada a habitatges d'ús residencial sempre que dugui a terme aquesta comercialització la persona propietària o es faci per mitjà d'operadors o qualsevol dels canals de comercialització turística”.

El precepte preveu dues vies de comercialització, la que es faci mitjançant “operadors o canals de comercialització turística”, per determinar l'abast de la qual haurem d'acudir a la definició legal de l'article 3 n) de la Llei del Turisme Balear, i la que es faci per la persona propietària. Però si ens fixem en aquest darrer precepte, ens trobem que en ell es torna a fer referència a la comercialització directa pel propietari com un supòsit comprés dins la definició legal de “canal d'oferta turística”.

Podem estar d'acord que les previsions legals son redundants, i fins i tot, forçades ja que difícilment es pot considerar la relació directa entre propietari i llogater com a un “canal” o com a un “sistema”, tal com diu l'article 3 n) de la Llei del Turisme Balear, en la seva darrera versió, però el que pareix fora de tot dubte és que el legislador ha volgut considerar el lloguer fet directament pel propietari com a turístic, sempre que es compleixin els altres requisits que estableix la llei.

Per altra banda, l'actual regulació de la comercialització de la cessió d'estades turístiques en Balears encaixa amb l'actual redacció de l'article 9. 5 e) de la Llei d'Arrendaments Urbans quan disposa que la comercialització es pot fer “en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa” En efecte, el lloguer fet directament pel propietari entraria dins aquesta darrera categoria de comercialització feta “por cualquier otro modo” distint dels canals d'oferta turística, encara que també es pugui considerar com a forçada la utilització del concepte de “comercialització” en aquest cas de relació directa entre propietari i llogater.

En conseqüència es pot dir que després de les darreres modificacions tant de la Llei d'Arrendaments Urbans (canvi en la redacció de l'article 5

lletra “e”), com en la Llei del turisme de les Illes Balears (introducció de la lletra “n” al seu article 3), s’ha ampliat l’abast del concepte legal de “comercialització” quan fa referència a l’arrendament d’estades turístiques ja que es considera que aquesta acció és aquella que es du a terme a través d’un canal d’oferta turística com la que realitza directament el propietari de l’habitatge ja que l’article 50.1 de la Llei del Turisme de les Illes Balears contempla la comercialització ja sigui feta per “la persona propietària” o per “operadors o qualsevol dels canals de comercialització turística”.

De tot això en podem deduir una segona conclusió:

Segona conclusió: Les modificacions legislatives recents tant en la Llei d’Arrendaments Urbans com en la Llei del Turisme Balear han reduït l’àmbit d’aplicació del contracte de temporada regulat a la primera com arrendament per ús distint de l’habitatge, ja que no es pot considerar com arrendament de temporada el que celebra el propietari directament si l’arrendament és una activitat turística de comercialització d’estades turístiques, definida com a tal en la legislació autonòmica i no s’ha obtingut la corresponent llicència.

La temporalitat en els contractes d’arrendament turístic

Ja havíem avançat que en els arrendaments de temporada de la Llei d’Arrendaments Urbans la temporalitat és qualque cosa més que la duració del contracte ja que es configura a l’article 3.2 de la llei especial com a causa del contracte.

Aquesta temporalitat s’accentua en la legislació autonòmica quan es regula l’arrendament turístic. El terme que s’utilitza és el de «curta durada» que no es quantifica en un lapse temporal legalment determinat. De tota manera, l’article 50.14 de la Llei de turisme de les Illes Balears estableix que “les estades que es comercialitzin turísticament han de consistir en la cessió temporal del gaudi de la totalitat de l’habitatge per períodes de curta durada, entesos com a estades per dies o setmanes, sense que una estada pugui ser superior a un mes».

Hi caben dues conseqüències d’aquest precepte. Una és que la comercialització d’estades turístiques superiors a un mes continua essent una activitat turística, però com que no compleix els requisits establerts a la legislació autonòmica està prohibida. L’altra és que els lloguers superiors a un mes queden exclosos de l’àmbit d’aplicació de la legislació autonòmica i passen a ser arrendaments de temporada de la Llei d’Arrendaments Urbans.

Si es posa en relació l'article 50.14 amb el 3. n) de la Llei del turisme de les Illes Balears podem concloure que els arrendaments de més d'un mes de duració no tenen la consideració d'activitat turística. En efecte, recordem que el segon dels preceptes considera activitat turística de comercialització d'estades turístiques en habitatges «Tot sistema mitjançant el qual les persones físiques o jurídiques, directament o a través de tercers, comercialitzen, publiciten o faciliten, mitjançant enllaç o allotjament de continguts, la reserva d'estades turístiques a habitatges, bé sigui per terminis de dies o setmanes amb el límit establert en l'article 50 d'aquesta llei, bé sigui amb prestació d'alguns dels serveis prevists en l'article 51 d'aquesta».

Dels termes literals d'aquest precepte podem deduir que la voluntat del legislador autonòmic ha estat deixar fora de la regulació de l'activitat turística els arrendaments que no reuneixin, en concret, el requisit de curta durada que estableix l'article 50. En conseqüència haurem d'entendre que el lloguers d'una durada superior a un mes no son activitat turística i, per tant, hauran de ser considerats lloguers de temporada de regulats a la Llei d'Arrendaments Urbans.

Tercera conclusió: Els lloguers d'habitatges de duració superior a un mes, encara que siguin en condicions d'ús immediat, no es consideren cessió d'estades turístiques i, per tant, han de ser tinguts com arrendaments de temporada de l'article 3.2 de la Llei d'Arrendaments Urbans.

La prestació de serveis

Tal com hem vist, de l'article 3. n) de la Llei del turisme de les Illes Balears es pot deduir que son dos els elements que caracteritzen la comercialització d'estades turístiques (que és la denominació que el legislador autonòmic dona als arrendaments turístics): la «curta durada», tal como és definida a l'article 50, i que juntament amb la cessió de l'ús de l'habitatge es proporcioni alguns dels serveis recollits a l'article 51. Doncs bé, segons el aquest darrer precepte:

1. La persona comercialitzadora d'estades turístiques a habitatges d'ús residencial ha de garantir, amb l'objecte de facilitar l'estada, la prestació directa o indirecta dels serveis turístics següents:

a) Neteja periòdica de l'habitatge, abans de l'entrada de nous clients o durant l'estada d'aquests.

b) Subministrament de roba de llit, llenceria, parament de la casa en general i reposició d'aquests.

c) Manteniment de les instal·lacions.

d) Qualsevol altre que es pugui determinar reglamentàriament. [...]

2. A més de les obligacions imposades en l'article 19 de la present llei a totes les empreses turístiques, la persona o l'entitat comercialitzadora d'estades turístiques a habitatges d'ús residencial ha de possibilitar l'assistència telefònica al turista o usuari durant les vint-i-quatre hores. Aquest número i servei també ha d'estar a disposició de la comunitat de propietaris a fi de poder comunicar incidències greus que es puguin produir i que l'afectin».

La Llei del turisme de les Illes Balears suscita en aquest punt dues qüestions. La primera és si per la consideració del lloguer com a cessió temporal d'estades turístiques és necessari que es prestin un sol o dos o més d'aquests serveis o un parell d'ells. Aquest dubte prové del fet de que l'actual article 3 n) quan defineix aquesta activitat turística estableix que per tal que el lloguer es pugui considerar com a cessió d'estada turística és necessari que es prestin "alguns" dels serveis prevists a l'article 51. Per tant, per tal de que l'arrendament quedi subjecte a la regulació turística autonòmica cal que es prestin més d'un dels serveis que s'enumeren a l'article 51, aquesta darrera és la interpretació literal que sembla la més adient. Per tant, en cas de que tan sols es presti un dels serveis de l'article 51 l'arrendament serà de temporada.

La segona qüestió que es planteja és la de si el «manteniment de les instal·lacions» ha de ser considerat o no com un dels serveis addicionals que qualifiquen l'arrendament com a cessió d'estada turística. El dubte neix en aquest cas del fet que l'article 50 .14 considera com a comercialització d'estades turístiques si aquesta activitat té com a objecte un habitatge «en condicions d'ús immediat». Aquest requisit suposa que el manteniment de l'habitatge és adequat i que s'han de mantenir les condicions d'ús durant la duració del contracte (article 1554.2º del Codi Civil). Per tant, el manteniment de l'habitatge de manera que sigui apte pel seu ús ja forma part de la definició legal de la comercialització d'estades turístiques i exigir-ho com a servei addicional resulta redundant.

En aquest tema dels serveis que s'han d'oferir per tal que l'arrendament sigui considerat com a activitat turística de cessió d'estades s'ha de concloure, doncs que:

Quarta conclusió: L'arrendament no serà considerat com a activitat turística i quedarà sotmès al règim dels arrendaments de la Llei d'Arrendaments Urbans si es presta el servei de manteniment i un sol més

del serveis dels contemplats a l'article 51 de la Llei del turisme de les Illes Balears. Si es presten dos serveis dels contemplats en l'article 51.1 a), b), d) i 51.2, l'arrendament és una activitat turística de cessió temporal d'estades, regulada per la llei autonòmica i subjecta a llicència.

La cessió d'una part de l'habitatge

Recorden que l'article 5. e) de la Llei d'Arrendaments Urbans estableix que queda exclosa de l'àmbit d'aplicació de la llei, entre d'altres, «e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato...».

Per la seva banda l'article 50. 15 de la Llei del turisme de les Illes Balears, després de la seva modificació per la Llei 6/2017, de 31 de juliol disposa que «Les estades turístiques regulades en aquest capítol són incompatibles amb la formalització de contractes per habitacions o amb la coincidència en el mateix habitatge de persones usuàries que hagin formalitzat contractes diferents, sense perjudici de la regulació d'estades turístiques en habitacions que es pugui establir».

Per tant, el lloguer d'una o varies habitacions d'un habitatge no es considera activitat turística amb la sola excepció contemplada a l'article 50.20 de la Llei del turisme de les Illes Balears que fa referència al lloguer de l'habitatge que constitueix la seva residència principal. El darrer paràgraf del precepte assenyala que «Excepcionalment, en aquesta modalitat es permet la convivència de les persones residents a l'habitatge amb les persones usuàries, sempre que aquest fet s'indiqui clarament en tota publicitat i el nombre total de persones no superi el nombre de places de la cèdula d'habitabilitat o títol d'habitabilitat anàleg de l'habitatge».

La resta de casos, per exemple, arrendament d'una part de la segona residència queden fora de la regulació turística. Com que es tracta de una edificació habitable (article 2.1 de la Llei d'Arrendaments Urbans) si l'arrendament no està destinat a satisfer la necessitat permanent d'habitatge, estarem davant un contracte de temporada de l'article 3.1 de la llei especial locativa. Així la darrera conclusió seria:

Cinquena conclusió: Si el lloguer té per objecte una part de l'habitatge (que no sigui l'habitatge principal) queda sotmès al règim dels arrendaments de temporada de la Llei d'Arrendaments Urbans.

L'habitualitat

Però, a més a més, hi ha un tema que subjeu a tot el que hem dit fins ara, i és el de l'habitualitat. En efecte, hem vingut sostenint al llarg d'aquestes reflexions que és arrendaments turístics es regulen per la legislació autonòmica en la mesura en que es puguin considerar “activitat turística”. El problema és si la realització d'un sol acte, per exemple, la signatura d'un sol contracte de cessió de l'ús temporal de l'habitatge es pot considerar o no arrendament turístic. Haurem d'admetre que, al menys en llenguatge comú, una activitat no és la realització d'un sol acte, i sembla que tampoc ho és en el sentit que la legislació autonòmica utilitza aquesta paraula.

En efecte, l'article 3. b) de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears defineix l'activitat turística com “la destinada a proporcionar als usuaris els serveis d'allotjament, restauració, intermediació, informació, assistència o altres activitats d'entreteniment, esbarjo o esportives i la prestació de qualsevol altre servei relacionat amb el turisme”, és a dir, al·ludeix a una activitat amb una finalitat, la qual cosa dona una idea d'un conjunt d'actes i no d'un sol acte. A més a més, el precepte s'ha d'interpretar en relació amb el que disposa l'article anterior (el 2 quan regula l'àmbit subjectiu de la norma: empreses turístiques, entitats turístiques no empresarials i els treballadors d'aquestes. És cert que en la seva lletra c) el precepte fa referència a “qualsevol altre persona, ens o activitat directa o indirectament relacionada amb el sector turístic”, però si anem a l'article 3 c) veiem que el “sector turístic” es defineix com “el conjunt de persones físiques o jurídiques que desenvolupen alguna forma d'activitat o hi participen”, la qual cosa ens remet, un altre vegada al concepte d'activitat turística que, en realitat queda sense definir.

L'article 2 c) del Decret 113/2015, de 22 de maig pel qual s'aprova el reglament de les estades vocacionals de la Comunitat Autònoma de Canàries estableix que la cessió de l'habitatge es produeix de forma habitual quan es realitza “[...] dos o más veces en el período de un año o una vez al año o en ocasiones repetidas”, la qual cosa deixa un petit marge al propietari per a llogar una primera vegada l'habitatge com a arrendament turístic, però sotmès a les normes del contracte de temporada. A falta d'un criteri semblant a Balears haurà de ser també el Reglament o bé la jurisprudència els que determinen quina quantitat de contractes seran necessaris per que es puguin considerar com a constitutius d'una activitat turística.

Sisena conclusió: Serà necessari establir el número de contractes necessaris per a considerar que integren una activitat turística amb la nota d'habitualitat que ha de caracteritzar-la.

Conclusions

Primera: Si un arrendament turístic no reuneix els requisits de la legislació autonòmica de turisme per a ser considerat com a «comercialització d'estada turística», això no vol dir que es pugui qualificar com a arrendament de temporada ja que si l'activitat es considera turística queda fora de l'àmbit d'aplicació de la Llei d'Arrendaments Urbans i sols es pot dur a terme amb la corresponent llicència la qual no s'obtindrà si l'arrendament no compleix els requisits que la mateixa legislació autonòmica ha fixat.

Segona: Les modificacions legislatives recents tant en la Llei d'Arrendaments Urbans com en la Llei del Turisme Balear han reduït l'àmbit d'aplicació del contracte de temporada regulat a la primera com arrendament per ús distint de l'habitatge, ja que no es pot considerar com a arrendament de temporada el que celebra el propietari directament si l'arrendament és una activitat turística de comercialització d'estades turístiques, definida com a tal en la legislació autonòmica i no s'ha obtingut la corresponent llicència.

Tercera: Els lloguers d'habitatges, de duració superior a un mes, encara que siguin en condicions d'ús immediat no es consideren cessió d'estades turístiques i, per tant, han de ser tinguts com a arrendaments de temporada de l'article 3.2 de la Llei d'Arrendaments Urbans.

Quarta: L'arrendament no serà considerat com a activitat turística i quedarà sotmès al règim dels arrendaments de la Llei d'Arrendaments Urbans si es presta el servei de manteniment i un sol més dels serveis dels contemplats a l'article 51 de la Llei del turisme de les Illes Balears. Si es presten dos serveis dels contemplats en l'article 51.1 a), b), d) i 51.2, l'arrendament és una activitat turística de cessió temporal d'estades, regulada per la llei autonòmica i subjecta a llicència.

Cinquena: Si el lloguer té per objecte una part de l'habitatge (que no sigui l'habitatge principal) queda sotmès al règim dels arrendaments de temporada de la Llei d'Arrendaments Urbans.

Sisena: Serà necessari establir el número de contractes necessaris per a considerar que integren una activitat turística amb la nota d'habitualitat que ha de caracteritzar-la.

4.7. DE MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Notas sobre la llamada “propiedad temporal” de vivienda y su posible conexión con el “alou”. ¿Una figura jurídica a plagiar?

INTRODUCCIÓN.

La ley catalana 19/2015, de 29 de julio, incorpora al Libro V del *Codi civil de Catalunya*, la propiedad temporal y la propiedad compartida.

En el Título IV del *Codi civil de Catalunya* (CCdeC), “Del derecho de propiedad”, del Libro V (que fue aprobado por Ley 5/2006), la ley 19/2015 incorpora un capítulo VII, que denomina “Propiedad temporal”; y en el Título V “De las situaciones de comunidad”, añade un capítulo VI que titula “Propiedad compartida”.

El *Codi civil de Catalunya* ha incorporado estas figuras jurídicas en el marco de la regulación que hace el Título IV del derecho de propiedad y en el Título VI sobre la comunidad.

Estas modalidades dominicales, “propiedad temporal” y “propiedad compartida”, no se configuran como instituciones de nuevo cuño e inconexas a la tradición jurídica catalana, sino que asientan su fundamento en instituciones propias de su tradición jurídica, tanto de derecho positivo como consuetudinario. Significa que, de ser así, su regulación seguiría la doctrina constitucional de las “instituciones conexas”.

1) En el supuesto de la “propiedad temporal”, la ley 19/2015, en su Exposición de Motivos, eslabona esta figura con distintas instituciones de larga tradición histórica, aunque la propia ley (art. 547-3,2 CCdeC) se encarga de decir que tales figuras siguen su régimen jurídico propio¹¹⁶ y no el que regula la propiedad temporal.

116. 547-3,2 CCdec “Los regímenes del fideicomiso, de la donación con cláusula de reversión, del derecho de superficie o cualesquiera otras situaciones temporales de la propiedad se rigen por sus disposiciones específicas”.

La propiedad temporal se puede conectar con la institución de la sustitución fideicomisaria (hoy regulada en los arts 426-1 a 426-59 CCdeC); como “en la caracterización originaria de los censos como propiedad dividida susceptible de duración temporal si así se pacta, y en el derecho de superficie (artículo 564-1)” (en términos de su Preámbulo, I,4 Ley 19/2015); y con otra institución histórica como es la donación con pacto o cláusula de reversión de la cosa donada (arts. 531-19 CCdeC), que puede revertir al donante o bien a un tercero. Precisamente, esta cuestión de la conexión con figuras preexistentes en el derecho histórico catalán y en el vigente, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad nº 2465-2016, del que trataremos más adelante, resuelto en la Sentencia 95/2017, de 6 de julio de 2017.

Aún más, el propio Preámbulo de la ley 19/2015 refuerza la conexidad de la propiedad temporal, con otras figuras de la tradición jurídica catalana, como en el caso en que la propiedad temporal se crea por contrato que podría emparentarse con cláusulas típicas con eficacia real, como es la carta de gracia, que implica la recuperación de la propiedad en la compraventa en la que se ha incluido dicha cláusula (artículos 326 a 328 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña). En realidad, esta cuestión, es decir esta referencia que hace el Preámbulo de la ley 19/2015, ha quedado superada por la Ley catalana 3/2017, de 15 de febrero, del Libro Sexto del CCdeC, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, que entró en vigor el 1 de enero de 2018, que regula la venta a carta de gracia y ha añadido una sección, la quinta, al capítulo VIII del título VI del Libro Quinto del CCdeC con el título derecho de redimir en la venta a carta de gracia, como dice el art. 1, que sustituye las normas de la Compilación.

2) La propiedad compartida, también regulada por la ley catalana 19/2105, sigue los principios de la conexión con otras instituciones propias de la tradición jurídica de Cataluña. La propiedad compartida sigue reglas de la comunidad ordinaria indivisa por las que, los copropietarios, acuerdan el uso y la posesión del bien a su conveniencia (art. 552-7 CCdeC). También se ancla en la histórica figura de los censos, aunque la propiedad compartida es una comunidad indivisa, si bien distingue la propiedad formal de la propiedad material; la institución del censo enfiteúutico distingue el dominio directo, como propietario que cobra el canon, y el dueño o dominio útil, que es quien posee el bien; el vigente artículo 565 CCdeC configura al enfiteuta como propietario único de la finca que está gravada por el pago de un canon a un tercero. El Preámbulo de la ley 19/2015, lo califica de forma evolucionada de los antiguos censos “adaptada a las necesidades y realidades de la sociedad del siglo XXI, en la que el equilibrio entre las partes tiene lugar de acuerdo con su voluntad” (Preámbulo, I, 6 *in fine*).

1. LA “PROPIEDAD TEMPORAL” Y LA “PROPIEDAD COMPARTIDA”, NUEVAS MODALIDADES DOMINICALES DEL DERECHO CIVIL CATALÁN.

Las dificultades que existen para el acceso a la vivienda han sido una de las principales razones que han determinado que el Parlamento de Cataluña regulara unas formas de tenencias intermedias entre la propiedad, conocida como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 CC), y el arrendamiento o el arrendamiento con opción de compra, que son las figuras más corrientes para adquirir una vivienda sea en propiedad o sólo su posesión en concepto de arrendatario. En todo caso, estas nuevas figuras jurídicas se enmarcan dentro del campo de los derechos reales y, concretamente, dentro del derecho de propiedad.

La propiedad temporal la ha regulado el artículo 547-1 del CCdeC, disponiendo que “el derecho de propiedad temporal confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cuál el dominio hace tránsito al titular sucesivo”.

La propiedad compartida la regula el art. 556-1 del CCdeC, determinando que “la propiedad compartida confiere a uno de los dos titulares, llamado propietario material, una cuota del dominio, la posesión, el uso y el disfrute exclusivo del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, llamado propietario formal”. Esta figura excluye la acción de división (art.556-1,2 CCdeC), salvo acuerdo con el propietario formal (art. 556-6,2 CCdeC).

Estamos ante nuevas modalidades dominicales, la propiedad temporal y la propiedad compartida; la primera permite una adquisición temporal de la vivienda u otro objeto de los permitidos por la ley; el adquirente será dueño absoluto del bien, será propietario durante el lapso de tiempo pactado, permitido por la ley. Más adelante nos centraremos en el estudio de esta figura que puede resultar de interés para una sociedad como la actual, por lo que, ahora, sólo destacaré algunos aspectos de la propiedad compartida, como sistema que pretende evitar un mayor endeudamiento de las familias, para centrarnos en la llamada propiedad temporal.

La propiedad compartida otorga al propietario material, que es el adquirente sólo de una parte del bien (una determinada cuota), todas las facultades dominicales sobre todo el bien, aunque adquirido en parte, posesión, uso y disfrute, como también el derecho a adquirir gradualmente la cuota restante del bien al propietario formal (art. 556-1 CCdeC). Este

propietario material, también tiene el poder de disposición, puede enajenar, hipotecar o constituir cualquier otro gravamen sobre la cuota que ha adquirido. Ante terceros y en la propia esencia del derecho adquirido es un propietario a todos los efectos. Ha adquirido una cuota sobre la vivienda, por ejemplo el 25%, por lo que habrá pagado o habrá constituido una hipoteca sólo por el valor de la parte que adquiere en propiedad, correspondiente, en este ejemplo, a un 25% del precio total de la vivienda. Sobre la parte restante, tiene el derecho a ir adquiriéndola, con arreglo a la ley, en las condiciones fijadas en el título constitutivo (art. 556-4 CCdeC). Por el ejercicio de las facultades dominicales del propietario material sobre todo el bien, ya que existe una parte restante aún no adquirida al titular formal, éste podrá recibir el canon¹¹⁷ o contraprestación acordado en el título constitutivo, art. 556-4,2c CCdeC), que será de menor cuantía que un arrendamiento, porque ni se trata de un arrendamiento, ni será el mismo ya que irá disminuyendo a medida que vaya adquiriendo, el titular material, más cuotas sobre el bien pertenecientes al titular formal. La ley determina el régimen jurídico (art. 556-3 CCdeC) de esta institución, con la determinación de las facultades del propietario material (art. 556-6 CCdeC) y sus obligaciones (art. 556-7 CCdeC); como también regula las que corresponden al propietario formal (art. 556-8 CCdeC).

Estamos ante un derecho que puede constituirse sobre bienes inmuebles o muebles “duraderos y no fungibles que puedan constar en un registro público”; incluso puede constituirse sobre un bien sometido a propiedad temporal (art. 556-2 CCdeC). El régimen de inscripción lo regula el art. 556-5 CCdeC. Las causas de extinción y sus consecuencias están reguladas en los arts. 556-11 y art. 556-12 CCdeC.

La duración de la propiedad compartida es de treinta años, salvo pacto en contrario, pacto que no podrá exceder de noventa y nueve años, y la cuota de cada uno de los titulares es también plenamente disponible por los mismos.

1.2. LA PROPIEDAD TEMPORAL.

La llamada propiedad temporal puede ser también, como la propiedad compartida, un sistema para facilitar, principalmente, la adquisición de la vivienda sin grandes desembolsos, permitiendo así a las familias no entrar en grandes endeudamientos. Esta fue una de las razones de su incorporación en el *Codi civil de Catalunya*. También es cierto que el legislador ha pensado

117. La ley dice, art. 556-4,2c) CCdeC: “contraprestación dineraria, si existe, para el ejercicio en exclusiva de las facultades dominicales atribuidas sobre el bien, su actualización y los criterios para su determinación a medida que se ejerza el derecho de adquisición gradual”.

en otras soluciones sociales. La Administración pública podría utilizar estas figuras para la promoción de viviendas sociales, como se desprende del propio Preámbulo de la Ley que dice “(N)o se oculta tampoco la pretensión de que, desde el derecho civil y de modo estructural, se dote a la Administración pública de instrumentos útiles a la hora de programar las políticas de promoción de la vivienda. En este sentido, también es alentadora la experiencia, exitosa en derecho comparado, de figuras análogas a las que introduce la presente ley”.

1.2.1. La propiedad temporal y la teoría de las instituciones conexas.

Estanueva figura jurídica, regulada en el *Codici civil de Catalunya*, incorporada por la Ley 19/2015, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad n.º 2465-2016, interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra el artículo 1, y, por conexión, en lo que a la propiedad temporal se refieren, las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, y disposición final, de la Ley de la Generalidad de Cataluña 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al Libro Quinto del Código Civil de Cataluña (publicado en DOGC núm. 7136 de 07 de Junio de 2016 y BOE núm. 134 de 03 de Junio de 2016).

Por Providencia de 24 de mayo, el Pleno del TC acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1 y, por conexión, en lo que a la propiedad temporal se refieren, las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, y disposición final de la Ley catalana 19/2015, de 29 de julio, que incorpora al Libro Quinto del CCdeC la propiedad temporal y la propiedad compartida. Como también suspender la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso, 4 de mayo de 2016, para las partes del proceso y desde la publicación en el BOE para los terceros.

Por Auto de 4 de octubre de 2016 (BOE de 8 de octubre), el Pleno del TC acordó levantar la suspensión del artículo 1 (que incorporaba el Capítulo VII, regulador de la “propiedad temporal” e integrado por los artículos 547-1 a 547-10 del CCdeC, al Título IV del Libro Quinto del CCdeC), y levantar la suspensión de las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, así como de la disposición final de la ley catalana 19/2015, de 29 de julio.

El Pleno del Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 95/2017, de 6 de julio de 2017, siendo ponente Juan José González Rivas, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad n.º 2465-2016 sobre la constitucionalidad o no de la regulación autonómica de la propiedad temporal, y acordó desestimar el recurso de inconstitucionalidad n.º 2465-2016.

La controversia se planteaba por una cuestión competencial en relación con la materia “legislación civil”. Es doctrina constitucional reiterada que las CCAA con competencia en derecho civil, no la tienen ilimitada sobre las materias civiles distintas a las que “en todo caso” se reserva el Estado (segundo inciso de la regla 8ª del art. 149,1 CE), sino que debe existir una conexión entre la regulación innovadora y el derecho civil propio. En definitiva, el TC sigue la doctrina de la teoría de las “instituciones conexas”. Y era la apreciación de esta falta de conexidad, entre la nueva institución propiedad temporal con el derecho catalán existente, lo que llevó al Presidente del Gobierno a interponer el recurso de inconstitucionalidad nº 2465-2016, por entender que faltaría la competencia para legislar sobre esta materia; no porque se legisle *ex novo*, sino porque falte la conexidad exigida por la doctrina constitucional entre la nueva institución normada y otras instituciones propias del derecho civil catalán, vigentes al promulgarse la Constitución de 1978, entendiendo en el concepto de instituciones, tanto las normas positivas como las consuetudinarias, así como los principios sobre los que se funda su derecho propio, la tradición jurídica catalana; porque esta conexión es la razón por la que se atribuye competencia legislativa a una Comunidad Autónoma, en detrimento de la del Estado (art. 149.1.8ª CE).

1.2.2. Análisis de la Sentencia del TC 95/2017 sobre la constitucionalidad o no de la regulación autonómica de la propiedad temporal.

La discusión se centraba en la existencia o no de “conexión” entre la nueva figura “propiedad temporal” y el derecho civil propio de Cataluña existente al tiempo de entrar en vigor la Constitución de 1978. De no existir conexidad, que pudiera implicar una conservación, modificación o desarrollo del derecho civil catalán, estaríamos ante una falta de competencia legislativa para normar la figura de la “propiedad temporal” y, consecuentemente, debería decretarse la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 19/2015.

1) El recurso de inconstitucionalidad nº 2465-2016. Sus argumentos.

El Abogado del Estado, en el recurso de inconstitucionalidad, argumentaba que el art. 149.1,8ª CE no habilitaba para calificar de desarrollo normativo del Derecho civil autonómico, lo que en realidad era regular *ex novo*, es decir, la “propiedad temporal” era, a su entender, una materia no conectada al Derecho foral catalán. Sentaba esta afirmación al entender que la justificación de la conexión de la propiedad temporal, como indicaba el Preámbulo, con figuras reguladas en la Compilación de 1960, como eran las allí citadas: sustitución fideicomisaria sometida a plazo o condición; donación con

cláusula de reversión; derecho de superficie; el *empenyament* o la venta a carta de gracia; y los censos como propiedad dividida susceptible de duración temporal si se pacta, era insuficiente.

El Abogado del Estado sostenía que no es suficiente mencionar las posibles instituciones que puedan considerarse conectadas con la nueva, sino que la nueva regulación debe poder ser considerada desarrollo o complemento de aquéllas. Y, en opinión del Abogado del Estado, las diferencias entre la llamada propiedad temporal y aquéllas mencionadas presentan notables diferencias, como son: “a) que la transmisión dominical en la sustitución fideicomisaria es a favor del fideicomisario, no del fiduciario; b) que el donatario con cláusula de reversión no adquiere una propiedad temporal sino una propiedad plena sujeta a una facultad resolutoria del donante; c) que la transmisión de la propiedad a favor del adquirente en el *empenyament* o venta a carta de gracia no es temporal sino definitiva, aunque esté sujeta al ejercicio del derecho a redimir por parte del vendedor; d) que en la propiedad temporal no coinciden en el tiempo dos propietarios sobre el mismo bien inmueble objeto de propiedad, sobre el suelo y el vuelo; y e) que, mientras en el censo enfitéutico el titular del dominio directo y el del útil coinciden en el tiempo y además con diferentes facultades o funciones uno de otro, en la propiedad temporal el titular, mientras lo es, es único y tiene todas las facultades del dominio”.

De esta argumentación concluye, el Abogado del Estado, que “no se advierte en la llamada propiedad temporal una conexión especial con figuras del derecho foral ya reguladas en la Compilación o en leyes especiales de Derecho civil catalán. Supone más bien una regulación autónoma de la naturaleza misma del derecho de propiedad por lo que, al afectar aspectos nucleares de la legislación civil en materia patrimonial, se incardina en la competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.8 CE, de modo que tal regulación habría invadido dicha competencia estatal y sería inconstitucional”.

Por su parte, la Letrada del Parlamento de Cataluña, en nombre de esta Cámara legislativa¹¹⁸, en cuanto a la figura de la propiedad temporal concluye que “la temporalidad del derecho de propiedad ni altera ninguna característica esencial del mismo ni constituye una novedad en la configuración de este derecho según nuestro ordenamiento jurídico”; y añade, más adelante, “a la vista de la amplitud y completud del Derecho civil catalán vigente, resulta cuanto menos sorprendente la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la regulación de una modalidad de propiedad,

118. Antecedente 4, de la STC 95/2017.

como es la temporal, cuya conexión con los principios y figuras jurídicas contenidos en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña es de todo punto evidente, pues la modulación de las diferentes formas de ejercer el dominio sobre los bienes forma parte de la tradición jurídica catalana más inveterada”.

Y en lo referente al alcance de la competencia legislativa del Parlamento autonómico señala, la Letrada, que *ex art.* 129 EAC “la interpretación que lleva a cabo el escrito de interposición pretende reducir esta competencia a una simple función de adaptación de las figuras jurídicas previstas en la compilación de Derecho civil de Cataluña de 1960, sin capacidad para crear nuevas regulaciones coherentes e integradas en el Derecho histórico catalán y adaptadas a las necesidades de una sociedad compleja”; por esta razón, la Letrada entiende que iría en contra de la doctrina jurisprudencial constitucional, tal como ya determinó en la STC 88/1993, donde la noción de desarrollo “permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”¹¹⁹ .

Por todo ello y tras poner de relieve la competencia en derecho civil del Parlamento de Cataluña, insta, mediante otrosí, el inmediato levantamiento de la suspensión de la aplicación de las normas recurridas.

Por su parte, el Abogado de la Generalitat de Cataluña, en contestación a la demanda¹²⁰ dice, “queda demostrado que la propiedad temporal guarda relación con otras figuras del Derecho civil catalán, lo que no significa que venga a coincidir con cualquiera de ellas, como se pretende en la demanda para negar que exista “conexión”, pues en tal caso nos situaríamos en el terreno de la “modificación” del Derecho civil preexistente y no en el de su “desarrollo” o crecimiento” y, añade más adelante “la regulación sobre la propiedad temporal introducida por la Ley 19/2015 no contempla propiamente una nueva institución civil”, sino que “se trata de una figura en la que se modula el propio derecho de propiedad en base a la introducción del factor relativo a la temporalidad”.

Seguidamente, pasa a justificar la competencia en derecho civil del Parlamento catalán, diciendo que “la materia a que se refiere la controversia es

119. Y añade, «el desarrollo de los derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación».

120. Antecedente 5 de la STC 95/2017.

la del Derecho civil y que de los artículos 149.1.8.ª CE y 129 EAC se deriva que a la Generalitat de Catalunya le corresponde la competencia exclusiva para legislar en materia civil dentro de los límites fijados en la Constitución”; y añade “según la ya citada STC 88/1993, seguida luego por las SSTC 156/1993, 31/2010 y 82/2016, tal noción constitucional permite disciplinar ámbitos hasta entonces no normados, con tal que haya conexión entre el nuevo ámbito y el Derecho ya regulado. Expresa su discrepancia con esa exigencia de «conexión», pues, como expuso el voto concurrente a la STC 88/1993 y amplió el voto particular a la STC 82/2016, “los Derechos forales o especiales deben conceptuarse como subsistemas jurídicos completos, autosuficientes, modernos y susceptibles de desarrollo, y no como realidades fragmentarias premodernas reconocidas con carácter subordinado al Derecho común”.

El Abogado de la Generalitat mantiene que se da la exigencia de «conexión» en el artículo 1 de la ley catalana 19/2015, argumentando que la propiedad temporal “conecta directamente con la institución de la propiedad, a la que el Código civil de Cataluña dedica los 58 artículos que integran el Título IV del Libro Quinto”, pues “modula los efectos naturales de la citada institución, como es el de su duración”. Aduce, además, que “cabe constatar que el Derecho Civil de Cataluña regula diversas situaciones de temporalidad del derecho de propiedad”. A juicio del Abogado “queda demostrado que la propiedad temporal guarda relación con otras figuras del Derecho civil catalán, lo que no significa que venga a coincidir con cualquiera de ellas, como se pretende en la demanda para negar que exista “conexión”, pues en tal caso nos situaríamos en el terreno de la “modificación” del Derecho civil preexistente y no en el de su “desarrollo” o crecimiento”. Finalmente expone que ni el art. 33 de la CE, ni el art. 348 CC, exigen como requisito de la propiedad el de la perpetuidad.

Por otrosí pide el levantamiento de la suspensión.

Por providencia de 24 de junio de 2016, el Pleno del Tribunal acordó “incorporar a los autos los escritos de alegaciones que formulan el Abogado de la Generalitat de Cataluña y la Letrada del Parlamento de Cataluña, en representación de su Gobierno y de dicha Cámara, respectivamente”. El Abogado del Estado, por escrito registrado de 4 de julio de 2016, insta el mantenimiento de la suspensión. El Pleno, en el ATC 169/2016, de 4 de octubre, acordó levantar la suspensión del artículo 1 y, en lo que a la propiedad temporal se refiere, de las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, así como de la disposición final de la Ley de la Generalitat de Cataluña 19/2015, de 29 de julio, de incorporación

de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña.

2) La Sentencia del TC 95/2017.

Finalmente, el Pleno del TC dicta Sentencia 95/2017, de 6 de julio, en la que resuelve las discrepancias respecto a la competencia y sobre la teoría de las instituciones conexas.

1) En su FJ3 y siguiendo su doctrina, resuelve la primera discrepancia entre el Abogado del Estado y los Abogados de Cataluña, diciendo: “conforme a doctrina constitucional reiterada, el artículo 129 EAC no atribuye a la Generalitat de Cataluña competencia legislativa ilimitada sobre las materias civiles distintas de aquellas que se reservan «en todo caso» al Estado por el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE. Podrá regular estas materias, incluso innovando el Derecho civil catalán existente al tiempo de promulgarse la Constitución, esto es disciplinando ámbitos no normados en él, pero será imprescindible que esa regulación innovadora presente una conexión con dicho Derecho civil especial, pues es la garantía de este ordenamiento jurídico y no otra cosa la *ratio* de la singularidad civil que se introduce en el primer inciso del artículo 149.1.8 CE”.

2) La segunda discrepancia entre los Letrados autonómicos y el Abogado del Estado que mantiene que la “propiedad temporal” es una institución regulada *ex novo* y no guarda conexión con el derecho civil catalán vigente al promulgarse la Constitución de 1978, el TC dictamina, en el siguiente sentido:

En el FJ4, para resolver esta discrepancia, invoca el FJ3 de la STC 88/1993, determinando “la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no pre-existentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan”, y añade que la garantía de foralidad se manifiesta, precisamente, en esta existencia y vigencia de la institución o de los principios informadores, al tiempo de promulgarse la Constitución.

3) En relación con lo anterior, el TC insiste en determinar cuál es el derecho vigente al tiempo de promulgarse la CE de 1978, con el que se

tiene que conectar, porque “los Letrados autonómicos no han acreditado, ni intentado acreditar tampoco, que al tiempo de dictarse la Constitución de 1978 existiera otro Derecho civil catalán, ya fueran normas positivas o consuetudinarias, distinto del derecho compilado”.

Por ello, el TC determina que “la eventual conexión entre la regulación de la «propiedad temporal» impugnada en este proceso y el Derecho civil catalán necesariamente tendrá que buscarse en la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre compilación del Derecho civil especial de Cataluña. Este Tribunal, no obstante, interpretará los contenidos de dicha Ley a la luz de la tradición jurídica catalana reflejada en el proyecto de compilación de 1955 (redactado por la comisión de juristas catalanes nombrada por Orden de 10 de febrero de 1948 y presentado en octubre de 1955), en la precedente Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña, en el anteproyecto de apéndice de Derecho catalán al Código civil de 1930 y en la memoria y articulado de las instituciones del Derecho civil de Cataluña que, con arreglo a los dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880, se elaboró en 1882”.

Señala, además, recordando, en el FJ6, que la competencia legislativa autonómica no es ilimitada *ratione materiae*, tal como señaló la STC 31/2010 al interpretar el artículo 129 EAC.

4) El FJ7 plantea y resuelve la cuestión sobre si la “propiedad temporal” puede encontrar hilo de conexión con el principio del derecho civil catalán de libertad civil. Después de una seria argumentación concluye que resulta imposible encontrar el eslabón de enlace, ya que “al ser el derecho de propiedad temporal un derecho de «dominio» que está sujeto a «un plazo cierto y determinado», además, al establecer unos requisitos en los artículos. 547-2, 547-4, 547-6, 547-7, 547-8, 547-9, 547.10 CCdeC, que son “de derecho necesario y por lo tanto imponerse aun contra la voluntad de los particulares, no presentan ninguna relación de conexión con el principio de libertad civil, por lo que tampoco desde esta perspectiva podrían considerarse «desarrollo» del Derecho civil especial de Cataluña preexistente al tiempo de promulgarse la Constitución de 1978”.

Estos razonamientos expuestos son una cuestión ajena a la controversia sobre el reparto constitucional de competencias.

5) En el FJ8 se analizan las figuras jurídicas que aparecen en el Preámbulo de la Ley 19/2015 como eslabones de conexión. Y se argumenta que “el

legislador catalán sea competente para normar ciertas manifestaciones de «propiedad temporal», concretamente aquellas que se correspondan con situaciones que puedan surgir en la evolución propia de figuras de la tradición jurídica catalana como los legados bajo condición o término, las donaciones a condición o plazo o sujetas a reversión y, en fin, la compraventa a carta de gracia”. Por esta razón, y como es doctrina (STC 88/1993), “la Generalitat de Cataluña resulta competente, según el artículo 129 EAC, para regular, incluso de un modo innovador, cada una de las situaciones temporales de propiedad que, como hemos visto con detalle, pueden surgir del desenvolvimiento de algunas modalidades de legados, de donaciones y de ventas a carta de gracia”. Ahora bien, “el artículo 1 de la Ley catalana 19/2015 no se ciñe a establecer una regulación actualizada o innovadora de los efectos de las situaciones temporales de propiedad que puedan nacer como consecuencia del funcionamiento de las instituciones del Derecho civil especial de Cataluña, sino que, desligándose absolutamente de ese criterio de conexión con tales instituciones, incorpora al Código civil de Cataluña reglas sobre la constitución abstracta –no en el contexto del funcionamiento de otra institución– de la «propiedad temporal» y un régimen jurídico completo aplicable a los supuestos de propiedad temporal así constituidos, en parte como derecho necesario y en parte en defecto de lo que los intervinientes puedan pactar.”

6) En el FJ9, el TC determina que, después de un análisis “de las tres relaciones jurídico-reales mencionadas por los Letrados autonómicos, solo la enfiteusis preexistía en el Derecho civil especial de Cataluña al tiempo de promulgarse la Constitución Española de 1978”. Por esta razón, en segundo lugar, el Pleno del TC pasa a examinar la enfiteusis.

7) En el análisis de la enfiteusis, que en el FJ10 se realiza para constatar los principios generales del derecho de bienes del derecho catalán vigentes al promulgarse la Constitución de 1978, se dice: “Solo en caso de resolverse esta última cuestión en sentido afirmativo podrá concluirse que esta nueva institución se perfila como una actualización de aquellos principios y representa por ello un crecimiento orgánico de ese ordenamiento jurídico autonómico (...)”.

Una vez realizado dicho análisis, el TC “acredita que ha estado constantemente presente en la tradición jurídica catalana, manteniéndose hasta el tiempo en que se promulgó la Constitución de 1978, la previsión de la enfiteusis como una fórmula de dominio dividido (...) en atención a (...) facilitar el acceso a la propiedad inmobiliaria de todos los sectores de la sociedad”. La “propiedad temporal” regulada en la Ley 19/2015, dice

la sentencia que no es “conservación o modificación de una institución existente en el Derecho civil especial de Cataluña”, sino que estamos ante un desarrollo, un crecimiento orgánico del derecho civil de Cataluña como “actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento, cual es la utilización de fórmulas de dominio dividido para facilitar el acceso a la propiedad”. Por todo ello el TC determina que existe conexión entre la propiedad temporal y la enfiteusis.

8) Además, después de analizar la figura de la sustitución fideicomisaria (en el FJ11) del derecho catalán, resuelve que también existe la preceptiva conexión; concluyendo que “la conexión que guarda con la sustitución fideicomisaria propia del Derecho civil especial catalán, cabe afirmar que la regulación recurrida debe calificarse, conforme a nuestra doctrina, como un supuesto de crecimiento orgánico del Derecho civil especial de Cataluña que resulta amparado por la competencia atribuida al legislador autonómico para el «desarrollo» de su Derecho civil especial”.

9) Por todos estos motivos, concluye en el FJ12 que “no cabe declarar la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 19/2015, que es el único precepto contra el que se entabla directamente el recurso, de donde se sigue que no se dan las condiciones para que por conexión nos pronunciemos respecto de las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, y disposición final de dicha ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña”.

10) Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional dicta el Fallo determinando: “Desestimar el recurso de inconstitucionalidad 2465-2016”.

El Tribunal Constitucional aceptó la preceptiva conexión, entre la nueva regulación de la propiedad temporal y el derecho civil catalán vigente a la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, para el “desarrollo” de su derecho civil; en consecuencia el Parlamento autonómico catalán era competente para legislar dicha materia (art. 149.1.8ª CE y art. 129 EAC).

En tema de competencia y la doctrina de conexidad entre instituciones mantenida desde 1993 por el TC, se ha relajado, alejándose del criterio mantenido antes de 2017. La Sentencia del TC 95/2017, que hemos analizado, abre el concepto de competencia a otros límites anteriormente vetados, al determinar que la conexidad se puede eslabonar no sólo a instituciones

vigentes a la entrada en vigor de la Constitución que formaran parte del derecho civil foral sino “en relación a principios jurídicos que lo informan”; “los principios informadores” que hasta este momento eran elemento iluminador del desarrollo, se convierten en elemento suficiente para engarzar la nueva institución con el derecho civil llamado “foral” que se “desarrolla”. Aún más, posteriormente, y más recientemente, la Sentencia 132/2019 de 13 de noviembre, da un paso más que, incluso, se aleja de la noción establecida por la doctrina constitucional de la “garantía de foralidad”; no exige que se eslabone la nueva institución con otras concretas sino que es suficiente una conectividad orgánica. La Sentencia de 2019 posibilita que el engarce o conexidad se predique no sólo de instituciones y principios existentes al tiempo de entrar en vigor la Constitución, sino que se desplaza a momentos postconstitucionales, es decir, se permite eslabonar o constituir conexidad con las instituciones, sean de derecho escrito o consuetudinarias, vigentes a la entrada en vigor de la Constitución y con las legisladas con posterioridad, legislación “foral” postconstitucional

1.2.3. La Propiedad temporal y el Alou.

La propiedad temporal, ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, con fundamento en la doctrina de las instituciones conexas, en el ordenamiento jurídico civil de Cataluña, como un derecho real absoluto, como es el derecho de propiedad, si bien limitado en el tiempo.

Pueden asaltarnos dudas sobre muchas cuestiones, como la de considerarlo un derecho real absoluto cuando está limitado en el tiempo; en efecto, no deja de suscitar sus dudas. Bien es cierto que la propiedad tiene límites que configuran el propio derecho de propiedad; el art. 33,2 CE introduce la función social de la propiedad que delimita su contenido. Más que un límite es una delimitación. Ahora bien, estas nuevas formas de propiedad, la temporal que es la que nos ocupa, o la propiedad compartida, que nacen dentro de una realidad social cambiante necesitada de soluciones económicas adaptables a la situación actual, quizá necesitarían una redefinición. La ley entiende que la propiedad temporal es un derecho de propiedad, derecho real absoluto, porque le otorga las facultades de uso, goce y disposición, aunque tales facultades nacen limitadas en el tiempo. No estamos ante limitaciones impuestas al derecho de propiedad temporal, sino que son los elementos estructurales de este derecho de propiedad, que lo delimita el tiempo.

Reconocido constitucionalmente el derecho de propiedad temporal porque el Parlamento catalán tenía competencia para legislar en esta materia, en ejercicio del “desarrollo” de su derecho, como ha sentenciado el Tribunal

Constitucional, nos parece oportuno preguntarnos si el Parlamento balear es también competente para legislar sobre una institución moderna que podría prestar soluciones a la sociedad actual, cambiante en costumbres y económicamente desfavorecida. La respuesta tiene que ser que sí, porque podría aportar remedios a los problemas que hoy existen. Ahora bien, ¿es competente el Parlamento balear para legislar sobre esta materia?.

La respuesta en abstracto es afirmativa, el Parlamento balear tiene competencia para legislar en derecho civil, *ex art. 149,1,8ª CE y art. 30, 27 EAIB*. Pero no resulta suficiente esta respuesta, porque la competencia legislativa no es ilimitada, sino que se tiene que ajustar a la interpretación constitucional que, como ya hemos argumentado, sigue la tesis de las “instituciones conexas”.

Cataluña eslabona su competencia para regular la propiedad temporal en un histórico y a la vez vigente instituto como es la enfiteusis, o la sustitución fideicomisaria. Y para Baleares, ¿cuál podría ser la institución idónea para poder conectar una nueva institución como la propiedad temporal, para el caso que se pretendiera regular?. A semejanza de Cataluña, la institución que podría conectar la encontraríamos en el *alou*; también en la sustitución fideicomisaria, como ha mantenido el TC.

El alodio o *alou* es la figura jurídica de histórica tradición, que ha llegado hasta nuestros días, y que tiene su fundamento en las mismas raíces que hoy se fundamenta la propiedad temporal: facilitar el acceso a la propiedad, en aquel momento rústica, hoy la urbana; más concretamente el acceso a la vivienda. La *Exposición elevada por el M.I Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Excmo Sr. Ministro de Gracia y Justicia con motivo de la proyectada codificación del Derecho Civil Común y Foral, 1881*, en su Conclusión XI justificaba así “el contrato enfiteútico, también derivado de Roma como tantas otras instituciones que informan nuestras costumbres jurídicas, produjo indudablemente beneficiosos resultados en una época en que de otro modo hubiera sido muy difícil la división de la propiedad, por la escasez de capitales moviliarios (*sic*), como por la tendencia de no privarse los terratenientes de su título dominical siquiera lo conservasen de nombre en muchos casos (...)”.

El *alou* permitió en un pasado el acceso a la propiedad rústica, hoy, la llamada propiedad temporal, puede ser un fundamento para acceder a la vivienda; se presenta de forma similar al dominio dividido en el sentido sugerido por el binomio propietario temporal y titular sucesivo, en correspondencia a dueño útil y dueño directo, aunque la regulación, como ocurre en Cataluña

con la enfiteusis, difiere. Así lo ha mantenido el Tribunal Constitucional, que ha declarado constitucional la regulación de la propiedad temporal por el Parlamento de Cataluña, al estar eslabonada a esta antigua institución como fue la enfiteusis.

El art. 55 de la Compilación de las Illes Balears determina que “(Los censos, el alodio y los demás derechos de naturaleza análoga se regirán (...))”, y en su apartado 2 añade “(Además (...)) serán de aplicación al alodio las normas del censo enfiteútico, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

El alodio se configura como una división de la propiedad, el dueño útil, que es quien tiene la propiedad y la posesión de la cosa y sobre ella puede disponer, y el dueño directo cuyo contenido de su derecho es poder exigir que se le pague el laudemio, que en el caso del *alou* no es más que el derecho del dueño directo a recibir un porcentaje sobre la transmisión realizada por el dueño útil. No devenga laudemio cualquier transmisión, tan sólo las transmisiones que realiza el dueño útil a título oneroso (*ex* art. 60,2 CDCIB); significa que el *dominus* útil puede transmitir su derecho por cualquier título, *inter vivos*, sea por causa gratuita u onerosa, o por título *mortis causa*. Sólo las transmisiones por causa onerosa devengarán laudemio.

El *alou* es redimible por el dueño útil (art. 63 CDCIB) por el precio pactado en el título constitutivo o, a falta de pacto o desaparecido el título, por lo establecido por la norma (art. 63 CDCIB “un laudemio y dos tercios de laudemio del valor de la finca (...) en cuya estimación no se computará el de las mejoras introducidas o edificaciones realizadas¹²¹ (...)”, es decir “(...) el uno por ciento del valor de la finca apreciado en la forma anteriormente consignada”). La ley 3/2010, de 7 de junio, ha facilitado la extinción de los alodios, permitiendo declarar extinguidos los alodios inactivos si se cumplen los requisitos exigidos por la norma.

Redimido o extinguido el *alou* la propiedad queda libre para el dueño útil.

121. Muy debatida la cuestión del cómputo o no de las mejoras a efectos de redención. Ya en 1881, en la *Exposición elevada por el M.I Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Excmo Sr. Ministro de Gracia y Justicia con motivo de la proyectada codificación del Derecho Civil Común y Foral*, en su Conclusión XI decía “(...) convendrá declarar que el laudemio no debe computarse sobre el importe de las mejoras realizadas por el enfiteuta(...)”. Lo justifica diciendo “eleva su voz humilde á V.E. y á la Comisión para que se declare, como exigen de consuno la justicia, la equidad y la conciencia, que el laudemio no debe computarse sobre el importe de las mejoras realizadas por el enfiteuta, y sí limitarse al valor que á la finca se señaló cuando se separaron los dos dominios”.

Este instituto jurídico, como también la sustitución fideicomisaria, son figuras idóneas donde eslabonar una posible regulación de la propiedad temporal. Ahora bien, ¿es mucho pedir al legislador balear que se ocupe del ejercicio de la competencia legislativa en derecho civil?. Hasta hoy se ha destacado por su negligencia supina. Cuestiones tan o más importantes como es todo el derecho de sucesiones tan arraigado y de tanta importancia para el ciudadano balear; o las relaciones patrimoniales entre cónyuges, que siempre ha sido “el buque insignia” de nuestro derecho, incluso fue la institución “indultada” por los Señores Guasp y Socías al tiempo de la temida unificación civil, no han sido objeto de su atención. Es más, incluso se ha denegado la tramitación legislativa de esta materia que fue objeto de un largo y concienzudo estudio, que finalizó con una propuesta de anteproyecto de ley, por las distintas Comisiones de la extinta (por ley 7 /2017, de 3 de agosto) Comisión Asesora de Derecho Civil.

No abrigo ninguna esperanza de sensibilizar al legislador.

2. ANÁLISIS DE LA PROPIEDAD TEMPORAL EN LOS ARTÍCULOS 547-1 A 547-10 CCDEC.

La propiedad temporal, regulada en el CCdeC, es una figura jurídica que bebe sus fuentes en el *Common Law*¹²². La antigua institución inglesa del *leasehold* (Law of Property Act 1925), permite al llamado *leaseholder* mostrarse y sentirse como propietario frente a terceros; es una propiedad limitada en el tiempo. Pasado el tiempo, el bien revertirá en el *freeholder* (propietario originario). La otra figura inglesa, denominada *freehold* es cuando se adquiere la propiedad absoluta, en el sentido que se adquiere la casa y el terreno donde se asienta por un tiempo indefinido.

Estamos ante una figura a caballo entre el dominio y el arrendamiento. Durante el tiempo pactado de la propiedad temporal, su titular es un propietario ordinario pero su titularidad tiene fecha de caducidad porque, pasado el tiempo estipulado, tiene que reintegrar el bien, objeto de propiedad temporal, a su propietario originario, el llamado titular sucesivo.

122. Los “freehold estates”, son propiedades sobre inmuebles por tiempo indefinido. Pueden ser de tres tipos: 1º, “the life estate”, es una propiedad vitalicia, dura lo que dura la vida del propietario, como una especie de usufructo. 2º, “the estate pur autre vie”, se es propietario durante el tiempo que dura la vida de un tercero distinto del propietario. 3º. “the fee simple” es la forma más completa e ilimitada de “freehold estate”, es heredable (“inheritable”) y transferible a terceros (“conveyance” es la transmisión del título de propiedad). Consultar, MUÑOZ de DIOS SÁEZ, IF. *Notario* nº31(mayo-junio) 2010.

2.1. CONCEPTO, CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN.

El Preámbulo de la Ley 19/2015, determina que la “propiedad temporal” (I,2) otorga a su titular el dominio de un bien durante el plazo cierto y determinado (...).

1º. El concepto de propiedad temporal.

La propiedad temporal viene definida en el art. 547-1 del *Codi civil de Catalunya* diciendo, “el derecho de propiedad temporal confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cuál el dominio hace tránsito al titular sucesivo”. Este derecho de propiedad otorga a su titular el dominio de un bien por un plazo cierto y determinado; pasado dicho período de tiempo, con un mínimo de 1 año para los bienes muebles y diez para los inmuebles y con un máximo de noventa y nueve años para ambos, el bien objeto de contrato vuelve a su titular o a sus herederos, llamados titulares sucesivos.

Estamos ante un derecho de propiedad *ad tempus*; el adquirente, que es el propietario temporal, durante el plazo establecido tendrá todas las facultades dominicales sobre el bien, sometidas evidentemente a las limitaciones derivadas de su duración, gozando el titular sucesivo de un derecho de reversión, también plenamente disponible, que le permite recuperar la propiedad transcurrido el plazo estipulado y ser compensado en caso de deterioro negligente de la cosa.

El propietario temporal, en tanto lo es, tiene las facultades propias de cualquier propietario ordinario, y se manifiesta y actúa como un propietario exclusivo del bien; goza de un poder jurídico idéntico al del propietario ordinario que le legitima para actuar como propietario único y exclusivo.

El titular sucesivo lo es de un derecho de reversión, y este derecho de recuperación de la propiedad tiene un contenido jurídico y económico del que puede disponer por acto *inter vivos* y *mortis causa*, pero no le permite injerencia alguna en el ejercicio de las facultades del propietario temporal; carece de cualquier facultad para inmiscuirse en la propiedad ajena que es del propietario temporal, excepto la acción de pedir la extinción en el caso de grave deterioro culposo o doloso, *ex art.547-9,1,b*; una especie de acción de devastación.

2º. La constitución del derecho de propiedad temporal.

La propiedad temporal se puede constituir sobre un bien, sea mueble (siempre que sea registrable) o inmueble. El título adquisitivo puede ser por

negocio *inter vivos* a título gratuito o bien a título oneroso, o por negocio *mortis causa*, (art. 547-4,2 CCdeC).

El negocio jurídico, fundamento de la adquisición del bien, debe cumplir unos determinados requisitos:

1) Debe acordarse el plazo de duración de la propiedad temporal, que debe ser cierto y determinado; la duración que se estipule no puede ser menor de 1 año, si es un bien mueble y 10 años si es inmueble; ni ser mayor de 99 años, en cualquier supuesto (art. 547-4,3 CCdeC).

Significa que siempre deberá existir acuerdo de voluntades sobre el ámbito temporal del derecho que “debe ser cierto y determinado”; es derecho imperativo. El apartado 3 del art. 547-4 no estipula, por defecto, el plazo, ya que sólo determina la horquilla comprendida entre 10 años y 99 en el supuesto de bienes inmuebles y el de 1 año y 99 para los bienes muebles.

2) Debe constar en el título adquisitivo el régimen voluntario para el caso que lo hayan pactado las partes (art. 547-5 CCdeC).

3) El título adquisitivo debe inscribirse en el Registro correspondiente.

3º El inventario.

En el acto de transmisión del bien objeto de propiedad temporal se debe documentar un inventario de los bienes que, en su caso, lo integran (art. 547.4,4 CCdeC).

La ley no indica cómo debe hacerse el inventario al momento de transmitirse el derecho de propiedad temporal; el art. 547-4,4 CCdeC determina la obligatoriedad (“debe acompañarse”) de realizar inventario que acompañe la “transmisión de la propiedad temporal”; se trata de un inventario “de los bienes que, en su caso, lo integran”; es decir, pueden existir o no estos bienes integrantes (“en su caso”), pero por la dicción de este apartado 4 del art. 547-4 CCdeC el inventario debe realizarse, existan o no estos bienes que lo pueden integrar. Esto significa que el inventario, que es obligatoria su elaboración, seguramente debe alcanzar a otros extremos, como puede ser detallar el estado de la cosa y demás extremos que puedan interesar a efectos de reintegrar el bien al titular sucesivo, o poder pedir la extinción de la propiedad temporal (art. 547-9,1,b).

La obligación de realizar el inventario al tiempo de la transmisión del derecho de propiedad temporal, parece que recae sobre el propietario ordinario que constituye una propiedad temporal sobre el objeto de su propiedad; por el contrario, parece que recae sobre el propietario temporal elaborar el inventario que debe acompañar el reintegro al titular sucesivo, a la extinción del derecho de propiedad temporal¹²³. Este inventario tiene más semejanzas con el inventario que se acompaña en un arrendamiento de vivienda que con un inventario en el sentido técnico de la palabra, como puede ser un inventario de la herencia. La norma nada determina ni sobre quien recae la obligación de elaborarlo, ni el contenido de este inventario, incluso ni la razón de la obligación de elaborarlo.

Aunque la ley no lo diga, el inventario tendría que tener una interrelación entre ambos, el que se elabora al reintegrar la propiedad al titular sucesivo (art. 547-10,3 CCdeC) y el inicial, al transmitir la propiedad temporal (art. 547-4,4 CCdeC) y que la ley no exige su inscripción (art. 547-8 CCdeC), porque no acompaña al título de adquisición de la propiedad temporal, sino que la norma lo une a la “transmisión de la propiedad temporal”.

No entraremos en la teoría del título y del modo; es cierto que el otorgamiento de escritura pública es entrega salvo que se disponga lo contrario (art. 531-4,3 CCdeC; 1462,2 CC), pero los títulos adquisitivos de la propiedad temporal pueden ser diversos (art.547-4,2 CCdeC) y el apartado 3 del art. 547-4 CCdeC no exige que el inventario forme parte del negocio jurídico de adquisición, ni es inscribible, sino que lo desplaza a la entrega, a la *traditio*. A mi entender, esta exigencia del inventario que debe acompañar al momento de “la transmisión de la propiedad temporal”, está utilizando todos sus términos en sentido vulgar y se compadece más con un inventario propio de los contratos de arrendamiento ya que, cuando pase el tiempo pactado, el objeto del derecho de propiedad vuelve al titular sucesivo junto con los bienes que lo integran, como ocurre en el arrendamiento. Una vez más demuestra la *mens legislatoris*, la regla general es que el objeto del derecho de propiedad temporal es la vivienda habitual. Como también es importante a efectos del estado de la cosa, para su reintegro; valorar los daños, de los que deberá responder cuando se hayan causado por culpa o dolo (art. 547-10,2 CCdeC)

123. Como exige el art. 547-10,3 CCdeC. Lo veremos en el apartado 2.2.4 de este breve estudio.

4º Inscripción del título adquisitivo de la “propiedad temporal”.

La ley determina que los títulos adquisitivos del derecho de propiedad temporal deben inscribirse en el registro correspondiente, conforme a lo establecido por la ley y a los efectos oportunos (art. 547-8 CCdeC).

Para la inscripción del título adquisitivo se deberá hacer constar: 1) la duración de la propiedad temporal que debe constar en el título adquisitivo, y debe adecuarse a lo preceptuado en el apartado 3 del art. 547-4 CCdeC; 2) el régimen jurídico voluntario que las partes hayan pactado, si se ha pactado (“puede establecerse” dice el art. 547-5,1 CCdeC) y dentro de lo establecido en el citado art. 547-5 CCdeC.

2.2. SUJETOS Y OBJETO DE LA PROPIEDAD TEMPORAL.

1º Los sujetos.

Los sujetos intervinientes son los posibles “adquirentes de la propiedad temporal” y los “adquirentes sucesivos”.

1) El titular de la propiedad temporal.

El adquirente de la propiedad temporal es quien con arreglo a lo regulado en el *Codi Civil de Catalunya* (arts. 547-1 a 547-10) adquiere un derecho de propiedad temporal sobre un bien, de los permitidos por la ley (art. 547-2 CCdeC), por cualquier título de los posibles (art. 547-4,2 CCdeC). Este adquirente es el titular de la propiedad temporal durante el tiempo cierto y determinado fijado al momento de la adquisición, salvo que lo transmita, con anterioridad a su extinción, a otro titular (art. 547-7,1 CCdeC).

2) El titular sucesivo (art. 547-1 CCdeC) es el titular que adquiere el bien al finalizar el tiempo pactado. Es el titular de un derecho de reversión del bien sometido a propiedad temporal.

Pueden existir transmisiones del bien sometido a propiedad temporal a otros titulares que no serán titulares sucesivos, aunque sucedan en la titularidad al propietario temporal (art. 547-6, 2 y 4 CCdeC), son aquéllos que reciban el bien por negocio *inter vivos* o *mortis causa* del anterior propietario temporal y tienen, entre sus obligaciones, la de reintegrar el bien al titular sucesivo (art. 547-1 CCdeC). Estos propietarios temporales serán subsiguientes, posteriores, ulteriores etc, pero no son titulares sucesivos (*ex* arts. 547-1 y 547-7 CCdeC)

El titular sucesivo es el que tiene el derecho a que le hagan tránsito del bien que en su momento constituyó en propiedad temporal porque ha finalizado esta temporalidad pactada; reingresa el bien en su patrimonio. Este titular sucesivo es el titular original del bien que transmitió su propiedad de forma “temporal” y que, pasado el tiempo pactado, el llamado propietario temporal, sea el originario o el subsiguiente, porque adquirió temporalmente del anterior propietario temporal, tiene la obligación de retornarle el bien y, en consecuencia, el titular sucesivo tiene el derecho a que le hagan “tránsito”, sea al mismo que lo transmitió originariamente bajo la modalidad de propiedad temporal, o bien sus herederos.

Este reintegro o tránsito al titular sucesivo supone el fin de la propiedad temporal por haber finalizado el tiempo pactado, por lo que el propietario original “reintegrado” es un propietario con carácter indefinido y no *ad tempus*, en definitiva es un propietario ordinario.

2º El objeto.

El art. 547-2 determina que *“pueden ser objeto de propiedad temporal los bienes inmuebles. También lo pueden ser los bienes muebles duraderos no fungibles que puedan constar en un registro público”*.

El legislador posibilita que determinados tipos de bienes, los inmuebles y determinados bienes muebles, puedan constituirse en objeto de propiedad temporal.

Los bienes inmuebles son susceptibles de ser objeto de propiedad temporal, aunque, generalmente, se tratará de una vivienda familiar, como argumentaremos seguidamente.

Los bienes muebles también pueden ser objeto de propiedad temporal; para que puedan constituirse en objeto de propiedad temporal deben ser bienes muebles no fungibles y que puedan constar en un registro público; como es el Registro Público de titularidades y gravámenes de bienes muebles¹²⁴, creado por Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación y

124. El Registro de Bienes muebles está dividido en secciones:

- Sección de Buques y Aeronaves.
- Sección de Automóviles y otros Vehículos de Motor.
- Sección de Maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo.
- Sección de otras Garantías reales.
- Sección de otros bienes muebles registrables.
- Sección del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

determinó la creación del Registro de Bienes Muebles entró en vigor el 23 de febrero de 2000; y la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 19 de julio de 1999 que, en su Disposición Transitoria cuarta, dispone que el Registro de Bienes Muebles se ajustará a determinadas reglas de competencia territorial que regula. Este Registro es Central y Provincial.

Es evidente que los bienes inmuebles serán, en una gran mayoría de supuestos de constitución de la propiedad temporal, su objeto. Son inscribibles en el Registro de la Propiedad, dependiente del Ministerio de Justicia y a cargo de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La finalidad o intencionalidad del legislador, en esta normativa de la propiedad temporal, es que sea la vivienda familiar el objeto de este derecho. Las referencias que, por un lado, hace el articulado a la propiedad horizontal (arts.547-4,1; y por otra, el Preámbulo (I,7), cuando justifica esta regulación “al propósito de aportar soluciones al problema del acceso a la propiedad de la vivienda, flexibilizando las vías de adquisición, ofreciendo fórmulas que permitan abaratar o minorar los costes económicos y respetando la naturaleza jurídica del derecho de propiedad...”. Y más adelante (P. I,8) justifica que hay que encontrar soluciones, tenencias intermedias para facilitar la adquisición de la vivienda habitual sin necesidad de acudir a un excesivo endeudamiento, ya que “en Cataluña, cerca del 80% del parque de viviendas ha sido adquirido en propiedad”.

Parece evidente que esta propiedad temporal se constituirá, mayormente, sobre bienes inmuebles para destinarlos a vivienda familiar, con el fin de mitigar el endeudamiento de las familias y posibilitarles una vivienda en propiedad, que ofrece más estabilidad que una vivienda en arrendamiento.

2.3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD TEMPORAL. LAS FACULTADES DEL PROPIETARIO TEMPORAL Y DEL TITULAR SUCESIVO.

El régimen jurídico de la propiedad temporal se organiza desde la perspectiva de los dos sujetos intervinientes, el propietario temporal, que es el actual, y el propietario último a quien se le deberá reintegrar el bien, pasado el tiempo pactado; es un propietario futuro aunque su derecho tiene contenido actual. La ley focaliza la regulación en el propietario temporal. El propietario último es un propietario expectante con pocas facultades en tanto existe un propietario temporal, porque éste es el *dominus* del bien en sentido amplio de la palabra, excepto que es un propietario *ad tempus*.

Cuando se analizaba la constitución e inscripción del derecho temporal de propiedad, hemos adelantado que deberá constar en el documento el régimen voluntario pactado; significa que, como ocurre en derecho civil, el legislador otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes para organizar, según sus necesidades, este derecho de propiedad por tiempo determinado.

El régimen jurídico de la propiedad temporal, es el régimen de la propiedad que determina el *Codi Civil de Catalunya*, en todo aquello que no hayan previsto las partes. El art. 547-3,1 CCdeC remite a “las normas del presente código relativas al derecho de propiedad”, lo que significa que remite al Título IV “Del derecho de propiedad”, arts. 541 y ss. Si el bien estuviera sometido a propiedad horizontal, el art. 547-4,1 remite también al Capítulo III del Título V del CCdeC.

El *Codi civil de Catalunya* determina las facultades del propietario temporal y del titular sucesivo. Además establece que puede organizarse un régimen jurídico voluntario.

1º. Facultades del propietario temporal

El titular de la propiedad temporal mientras ostente la titularidad del bien es un propietario y, como propietario, goza de todas las facultades propias del *dominus*. Es el dueño y como tal ostenta las facultades de uso y disfrute de la cosa objeto de su propiedad y también ostenta el derecho de disposición, de acuerdo con lo regulado en los arts. 541-1 y ss CCdeC, en los términos “(...) dret a usar de forma plena els béns que en constitueixen l'objete i a gaudir-ne i disposar-ne” (apartado 1 del art. 541-1 CCdeC), como también es el propietario temporal quien puede ejercitar la acción reivindicatoria (art. 544-1 CCdeC).

Todas estas facultades sólo están limitadas en su ámbito temporal. El dueño temporal es un propietario a todos los efectos hasta que llegue el momento pactado de extinción de la propiedad temporal. Significa que su derecho a disponer de la cosa también queda limitada por el tiempo, para él y para los propietarios temporales subsiguientes.

El art. 547-6 CCdeC determina las facultades del propietario temporal y son:

1.- Facultad de uso, goce y disposición.

En su apartado 1 determina que “el propietario temporal tiene todas las facultades del derecho de propiedad sin más limitaciones que las derivadas de su duración y de la existencia de un titular sucesivo”.

Estas facultades de uso, goce y disposición (ex art. 541-1 CCdeC) las mantiene en tanto su derecho de propiedad esté dentro del tiempo pactado, o bien no se haya extinguido el derecho (ex art. 547-9 CCdeC).

El derecho de disposición del propietario temporal es tan amplio como el de cualquier propietario, puede vender, donar, gravar, sin necesidad de autorización del titular sucesivo; incluso puede transmitir su derecho *mortis causa*.

Las transmisiones que efectúe el propietario temporal pueden ser, por el tiempo que reste hasta la finalización de la “temporalidad” pactada del derecho, o bien, puede transmitirlo por una menor duración en favor de una o más personas, “a la vez o una después de la otra” (apartado 4 del art. 547-6 CCdeC).

Como excepción, puede transmitir o gravar el bien sometido a propiedad temporal más allá del tiempo pactado, sólo en el supuesto que lo hubiere autorizado el titular sucesivo (ex art. 547-7, 2 CCdeC *a contrario sensu*)

El único límite a las transmisiones, *inter vivos* o *mortis causa*, o a los gravámenes es el temporal, porque es un propietario limitado en el tiempo; por esta razón, cualquier derecho real limitado constituido sobre el bien objeto de propiedad temporal, se extingue al llegar el plazo convenido y deberá reintegrar el bien al titular sucesivo. Como también recaerá sobre el adquirente, sea a título gratuito como a título oneroso, la obligación de reintegrar el bien al titular sucesivo cuando llegue el tiempo pactado. La obligación del propietario temporal, que enajene, hipoteque o someta el bien a cualquier gravamen, es el de comunicarlo al titular sucesivo una vez celebrado el acto (apartado 2 del art. 547-6 CCdeC); la norma no impone un plazo de comunicación.

2.- Al propietario temporal que lo sea de un bien sometido al régimen de propiedad horizontal le corresponden el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este régimen (apartado 3 del art. 547-6 CCdeC).

2º. Facultades del titular sucesivo.

El titular sucesivo es un titular que no tiene el uso y disfrute del bien sometido a propiedad temporal, sin embargo es un titular latente porque, finalizado el plazo pactado, tiene derecho a ser reintegrado del bien. ¿Cuáles son sus facultades?

1°. Derecho de disposición. El “titular sucesivo” tiene derecho a ser reintegrado del bien, convirtiéndose en un titular de un derecho de propiedad ordinaria al cumplirse el plazo pactado, y este derecho a ser reintegrado, o a poder exigir el reingreso del bien en su patrimonio, tiene un valor económico. Hasta que llega el *dies ad quem*, puede “enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen su derecho” (apartado 1 del art. 547-7 CCdeC), como también puede disponer de su derecho *mortis causa*. En realidad dispone o grava el bien objeto del derecho de propiedad, aunque este adquirente del titular sucesivo tendrá que esperar que llegue el día pactado para ejercitar su derecho a ser reintegrado de la cosa que adquirió; y si se trata de un derecho real limitado, el titular sucesivo adquirirá el bien con la limitación del gravamen que ha constituido sobre su derecho. En todo caso, no puede afectar al uso, disfrute y disposición del propietario temporal en tanto dure su derecho de propiedad.

2°. Derecho a la reparación o reconstrucción del bien deteriorado. El titular sucesivo tiene un derecho a que corran a cargo del propietario temporal las obras de reconstrucción o de reparación del bien, si se deteriora en un 50% de su valor.

Esta devaluación del bien tiene que tener los siguientes requisitos:

- a) Que este menoscabo de la cosa haya sido causada por culpa o dolo del propietario temporal.
- b) La apreciación de la devaluación del 50% debe tomarse como referencia el valor que tenía el bien en el momento en que se produjo el acto doloso o culposo.

3° Régimen jurídico voluntario.

Las partes tienen libertad para pactar y deberán hacerlo constar en el título adquisitivo para su posterior inscripción, sobre los siguientes extremos que enumeran los cinco apartados del art. 547-5 CCdeC:

- a) Si se ha pactado pago aplazado del precio del derecho de propiedad temporal, deberá constar en el título constitutivo.
- b) El derecho de prórroga del titular del derecho de propiedad temporal. Es posible pactar una prórroga del plazo pactado, siempre que la suma de ambos no supere el máximo legal establecido en la ley (art.547-4,3CCdeC), que es de 99 años.

c) El derecho de adquisición preferente del derecho sobre el bien sometido al régimen de propiedad temporal. La ley otorga la posibilidad de pactar un derecho de adquisición preferente a ambos propietarios, al propietario temporal y al titular sucesivo, con determinados requisitos. La transmisión tiene que ser a título oneroso, por lo que en las transmisiones que se fundamenten en negocios jurídicos a título gratuito o en las transmisiones *mortis causa* no se puede pactar el derecho de adquisición preferente.

Este derecho a adquirir preferentemente a otro lo puede pactar para que lo ejercite, el propietario temporal en el supuesto que el titular sucesivo transmita su derecho a un tercero, por causa onerosa; en este caso el propietario temporal al ejercitar el derecho de adquisición preferente quedará como propietario ordinario, extinguiéndose la propiedad temporal. El titular sucesivo también puede ejercitar el derecho de adquisición preferente, si así se ha pactado y consta en el título adquisitivo, cuando el propietario temporal transmita, por causa onerosa, el derecho de propiedad temporal por el tiempo que falte hasta finalizar el pactado. En este caso se extinguirá la propiedad temporal y el titular expectante, que es el titular sucesivo, adquirirá en este momento el bien como propietario ordinario, con las facultades de uso, disfrute y disposición.

d) La ley permite que se pueda acordar, y así constar en el título adquisitivo, un derecho de opción de compra de la titularidad sucesiva a favor del propietario temporal. Una vez cumplido el tiempo pactado, el propietario temporal podrá ejercitar su opción de compra y el bien quedará en el patrimonio del propietario temporal como titular de una propiedad ordinaria. El titular sucesivo será el propio propietario temporal, cuya temporalidad quedará extinguida por su ejercicio de la opción.

e) El propietario temporal puede pactar, y así debe constar en el título constitutivo, que el titular sucesivo le pague “los gastos por obras o reparaciones necesarias y exigibles” atendiendo “al tiempo que queda de la duración de la propiedad temporal y dependiendo del importe de dichos gastos”. El propietario temporal es el que atiende los gastos de mantenimiento del bien y la ley permite pactar que sea el titular sucesivo quien se haga cargo de tales gastos, si antes de finalizar el tiempo pactado el bien requiere de gastos importantes por obras y reparaciones. Es lógico que este acuerdo puede tener importancia cuando el tiempo pactado es largo, y si antes de extinguirse su derecho de propiedad sobre el bien surgieran tales gastos, será el propietario sucesivo quien se haga cargo de ellos.

Estos derechos, de adquisición preferente y de opción de compra son derechos voluntarios que tienen que pactarse e insertarse en el título constitutivo del derecho de propiedad temporal y, en consecuencia, inscribirse en el Registro correspondiente (art. 547-8,2 CCdeC).

2.4. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE “PROPIEDAD TEMPORAL”. SUS EFECTOS.

El derecho de propiedad temporal, dice el artículo 547-9 CCdeC, se extingue por cualquier causa general de extinción del derecho de propiedad, como es, por ej. la renuncia, el abandono; o podría ser por la expropiación de la cosa objeto del derecho de propiedad; por la destrucción total o por quedar fuera del comercio.

A mi entender, no todas las causas generales de extinción del derecho de propiedad pueden ser, también, causas específicas de extinción de la propiedad temporal, porque las causas de extinción de esta propiedad supone que el titular sucesivo adquiere su derecho libre, es decir, como propietario ordinario y no “temporal” porque la propiedad se ha extinguido.

Algunas de las causas generales de extinción de la propiedad, serán causas también de extinción de la propiedad temporal, pero lo serán también de la propiedad del titular sucesivo. Si se destruye totalmente la cosa, o queda fuera del comercio, no cabe ni propiedad temporal ni propiedad ordinaria del titular sucesivo. Por lo que será la extinción del derecho de propiedad, *tout court*. Otras causas de extinción como la renuncia al derecho o el abandono, son causas que sólo afectarán al propietario temporal, que ha renunciado o abandonado su derecho, por lo que el titular sucesivo adquirirá la propiedad ordinaria de la cosa abandonada o del derecho renunciado.

Nos interesa ver las causas específicas de extinción de la propiedad temporal y sus efectos. El artículo 547- 9 CCdeC determina estas causas específicas y el art. 547-10 regula los efectos de la extinción de este derecho de propiedad temporal.

1º. Causas específicas de extinción de la propiedad temporal.

El art. 547-9 CCdeC determina unas específicas causas de extinción de la propiedad temporal:

- a) El vencimiento del plazo pactado.

b) Cuando el propietario temporal no atiende a efectuar los gastos de reparación o reconstrucción del bien, siempre que haya sido requerido por el titular sucesivo en los supuestos de deterioro de la cosa en un 50% o más de su valor por culpa o dolo del propietario temporal.

Este derecho de poder extinguir anticipadamente el derecho de propiedad temporal cuando el titular sucesivo no se hace cargo de las reparaciones culposas o dolosas que han menoscabado el valor de la cosa en más de un 50%, tiene ciertas connotaciones, por una parte, con la tradición jurídica catalana de la lesión *ultradimidium* en la compraventa, en el sentido de la devaluación del 50%; y por otra con la acción de devastación de la Ley Hipotecaria (art. 117 LH), en este caso, el acreedor hipotecario no tiene la posesión de la cosa y por esto ejercita la acción de devastación, para adquirirla interinamente. En el caso del titular sucesivo, que tampoco tiene la posesión de la cosa, puede pedir que se extinga el derecho del propietario temporal, recuperando su derecho.

Estos supuestos específicos que enumera el art. 547-9 CCdeC producen la extinción del derecho de propiedad temporal, y se producen los efectos que determina el art. 457-10 CCdeC.

Por otra parte, cuando el propietario temporal ha abandonado la posesión o ha renunciado a su derecho, o lo ha extinguido voluntariamente, en estos supuestos, si ha gravado su derecho constituyendo sobre su propiedad temporal derechos reales limitados, no se extinguen también tales derechos. El apartado 2 del art. 547-9 CCdeC determina “Los derechos reales que gravan la propiedad temporal, en caso de renuncia al derecho y de abandono de la posesión del bien o de cualquier otra causa de extinción voluntaria de la propiedad temporal, subsisten hasta que venza el plazo o se produzca el hecho o causa que comporte su extinción”.

2º. Efectos de la extinción de la propiedad temporal.

La ley organiza los efectos de la extinción de la propiedad temporal, teniendo en cuenta que ésta pasa al titular sucesivo, por esta razón, el art. 547-10, ap.1 a 3 CCdeC determina unos concretos efectos:

1. Acciones de protección del derecho: Cuando se produce la extinción de la propiedad temporal, el titular sucesivo adquiere el bien objeto de la propiedad. Por esta razón al ser el titular sucesivo quien adquiere el derecho de dominio y la posesión del bien está legitimado para interponer todas las acciones de protección de la propiedad, como puede ser por ej. la

acción reivindicatoria, o las acciones de protección de la posesión, como es por ej. el interdicto de recobrar.

2. Responsabilidad por actos causantes de daños: La norma determina, también, que es el propietario temporal quien tiene la responsabilidad por los actos causantes de daños, ante el titular sucesivo, y por esto responde por los daños causados por actos culposos o dolosos que se ocasionen en el bien. La norma no determina, en este caso, que estos daños tengan que producir un deterioro en más de un 50% de su valor. Será responsable el propietario temporal de cualquier deterioro doloso o culposo producido por él.

3. Mejoras, accesiones y frutos: El “titular sucesivo” que adquiere el bien por cualquiera de las causas de extinción del derecho a la propiedad temporal, también, salvo pacto en contrario, adquiere: a) las accesiones subsistentes introducidas en la cosa; b) las mejoras introducidas en el bien que subsistan; y c) los frutos pendientes al tiempo de la extinción.

4. Obligación de elaborar un inventario: El apartado 3 *in fine* del art. 547-10 utiliza los términos “en todo caso”; por tanto la elaboración del inventario es obligatoria. El inventario se debe elaborar al llegar el *dies ad quem*; vencido el tiempo pactado es el momento en que se extingue el derecho a la propiedad temporal y nace la obligación (“en todo caso”) de hacer inventario para “entregarse con el bien” al titular sucesivo.

Nada dice la norma de su relación con el inventario al que hemos aludido anteriormente, también de obligado cumplimiento, que debe acompañar “la transmisión de la propiedad temporal” (art. 547-4,4 CCdeC). Parece evidente que debe existir una interrelación con el inventario inicial y deberá ser tenido en cuenta cuando se elabore el inventario final, al tiempo del reintegro del derecho al titular sucesivo, aunque la norma no lo determine.

El reintegro del bien, objeto de propiedad temporal, debe ir acompañado del inventario (*ex* art. 547-10,3 *in fine* CCdeC); aunque la norma no lo indique, su elaboración parece que debe ser a cargo del propietario temporal y lo deberá justificar ante el titular sucesivo, teniendo en cuenta el que éste elaboró al transmitir la propiedad temporal.

V.- OTROS TRABAJOS EN, O PARA, LA ACADEMIA DURANTE EL CURSO 2019-2020

1. DISCURSO DE DON RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, EN LA INAUGURACIÓN

La organización territorial del estado: vicisitudes y perspectivas

Excmo. Sr. Presidente, Excmos. Sres. Académicos, Sras. y Sres.

La Universidad de las Islas Baleares fue la primera en la que estuve cuando accedí a la Cátedra de Derecho Administrativo, por lo que siempre le he guardado un especial afecto y siempre he vuelto a Palma como quien regresa a su antigua casa.

En esta Universidad recién creada entonces -1979- coincidí con el Prof. Garcías-Planas, Catedrático de Derecho Penal, con el que me unió desde el primer momento una relación de amistad que, como sucede con los viejos amigos, se ha ido conservando a lo largo del tiempo. La última vez que coincidimos fue en el Congreso de Academias de legislación y jurisprudencia españolas e hispanoamericanas celebrado en Madrid en 2018. Y este es el origen inmediato de su amable invitación para participar en este acto de apertura de curso.

Mi estancia en la Universidad de Baleares fue muy intensa; entonces la Facultad de Derecho estaba alojada temporalmente en la Escuela de Comercio, por lo que todos abordábamos con gran ilusión los trabajos que supone su puesta en marcha, incluidos los Magistrados, Fiscales, Abogados del Estado, Notarios, que completaban el cuadro de profesores, entre los que estaban Juan Ramallo –aquí presente- ya catedrático en aquel momento, y

por lo que hace al Derecho Administrativo el Profesor Titular Tomeu Colom, y Lourdes Ramis, gran profesora tempranamente desaparecida, y también los propios alumnos y el personal administrativo y subalterno.

Mi estancia en Palma duró poco tiempo. La vida de las personas cambia a veces de forma sustancial en un solo día. Un martes del mes de febrero estaba tranquilamente en mi despacho de la Facultad cuando me llamó por teléfono un periodista de un medio nacional y me preguntó por el Tribunal Constitucional; al responderle que me indicara qué aspecto le interesaba me indicó que mi nombre había aparecido en la prensa por primera vez como uno de los posibles Magistrados del Tribunal Constitucional de inminente nombramiento; le respondí –y era cierto- que no tenía ni la menor idea. Horas más tarde no hubiera podido responderle lo mismo. El viernes fui nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional.

El tema que voy a desarrollar “La organización territorial del Estado en la Constitución: vicisitudes y perspectivas”, pretende explicar por qué se ha producido la situación actual y explorar cuál es la vía de posible solución.

La situación actual no se ha producido en el vacío, es el resultado, en cierto modo previsible, de una evolución que es imprescindible conocer.

1.- UNIDAD Y AUTONOMÍA EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: EL SEMINARIO CELEBRADO EN BOLONIA

La transición y la tramitación de la Constitución española, había despertado interés en Europa y en especial en Italia, ya que su Constitución se había inspirado en la Constitución española de 1931 en lo que respecta a la organización territorial del Estado.

En 26-27 de mayo de 1978 se celebró un seminario italo-español en la Universidad de Bolonia, dedicado a “La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana” con el propósito de celebrar, con el estudio de una nueva Constitución, el primer trentenio de aplicación de la Constitución italiana¹.

Este seminario dio lugar a la publicación inmediata de un libro -que se publicó sin corregir pruebas, dada su urgencia- en cuya presentación se ponía

1. Como indica la presentación del libro efectuada por el Prof. Roversi-Monaco, se ponía de manifiesto que se había llamado a participar a ilustres estudiosos y hombres políticos españoles e italianos, y así resulta con toda evidencia de la simple lectura del índice del libro.

de manifiesto que se ofrecía a la lectura antes de que el iter de aprobación de la Constitución española, con la esperanza de que pudiera representar un instrumento de comprensión y valoración².

Una vez constituido el Tribunal Constitucional, entró en contacto con diversos Tribunales europeos, con los que se celebraron sesiones de trabajo. Los Magistrados que fuimos a Roma –Prof. Díez-Picazo, Rubio Llorente y yo mismo– fuimos acogidos con todo afecto, celebramos sesiones de trabajo en la Corte Costituzionale y tuvimos el honor de ser recibidos por el Presidente de la República, Exmo. Sr. Sandro Pertini, que quiso mostrarnos la preocupación de Italia y su solidaridad con España.

2.- UNIDAD Y AUTONOMÍA EN LA CONSTITUCIÓN: ARMONIZACIÓN CON LA UNIDAD DE LA NACIÓN ESPAÑOLA DE LA AUTONOMÍA DE LAS NACIONALIDADES Y REGIONES

El artículo 2 de la Constitución fue objeto de un amplio debate en el que se puso de relieve que todas las fuerzas políticas lo consideraban como un precepto clave en la estructuración de la Norma Fundamental.

Los dos principios de unidad y autonomía se encontraban ya en la redacción inicial del artículo 2 del anteproyecto redactado por la Ponencia elegida en el seno de la Comisión Constitucional provisional creada por Acuerdo del Congreso el día 27 de julio de 1977; redacción que era del siguiente tenor: “La Constitución se fundamenta en la unidad de España y la solidaridad entre sus pueblos y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran”.

Esta redacción inicial fue objeto de votos particulares y de numerosas enmiendas en el Congreso de los Diputados, lo que dio lugar a que la Ponencia designada para estudiar las enmiendas propusiera una redacción que fue perfeccionada en el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, dando lugar a la redacción definitiva que, tras la correspondiente tramitación, quedaría incorporada a la Constitución, sin que la deliberación en el Senado en el que se formularon también numerosas enmiendas diera lugar a modificación alguna.

2. Es de interés indicar que en el cuarenta aniversario de nuestra Constitución se ha publicado una nueva edición del libro a la que se ha añadido el subtítulo “Una riflessione 40 anni dopo” que efectuó el Prof. Luciano Vandelli con el título “**Esperienze costituzionali a confronto**. Valori, istituzioni, problemi: nel quarantesimo della Costituzione spagnola, nel settantesimo della Costituzione italiana”.

La lectura de este debate es sumamente indicativa de la diversidad de posiciones que mantenían las distintas fuerzas políticas en torno a referir o no la unidad a la “Nación española”, a la inclusión o no junto a las regiones del término “nacionalidades”, y a la identificación o no de este concepto con la idea de nación o de nacionalidad en un sentido socio-cultural; y también acerca del carácter plurinacional del Estado español e incluso del derecho de autodeterminación, entre otras cuestiones, como son las relativas al tipo de Estado compuesto que diseñaba la Constitución, o a si debían incluirse en el artículo 2 otros niveles territoriales.

En definitiva, se llegó a una redacción, fruto de un compromiso absolutamente mayoritario, que contiene una expresión clara y nítida de estos dos principios: la unidad de la Nación española y el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran; autonomía que se concibe sustancialmente como una forma de distribución del poder del Estado y no simplemente como una descentralización³.

La armonización con la unidad de la Nación española de la autonomía de las nacionalidades y regiones, se refleja en la incorporación en la Constitución de criterios mantenidos desde la perspectiva nacionalista. Así, la incorporación del concepto de nacionalidad como diferente del de región, la idea de establecer dos niveles de competencias [las reservadas al Estado y las no reservadas que son susceptibles de asunción por las Comunidades Autónomas], el carácter exclusivo de un círculo de competencias, el respeto y la protección de las diversas lenguas de España (en los términos del art. 3), la expresa referencia a la cultura (art. 149.2), las competencias en materia de enseñanza, incluso la idea de proteger la modificación de los Estatutos mediante un procedimiento que requiera el consentimiento de la propia Comunidad, y la consideración específica de determinadas autonomías en las disposiciones transitorias en relación con los artículos 151 y 152 de la Constitución.⁴

3. Los trabajos parlamentarios relativos a la Constitución Española han sido publicados por las Cortes Generales. Servicio de Estudios y Publicaciones. Tomos I a IV. Madrid 1980.

4. Para valorar esta incorporación en la Constitución de criterios mantenidos desde la perspectiva nacionalista es importante la lectura de las obras del último tercio del S. XIX y primer tercio del S. XX, y entre ellas, sin ánimo exhaustivo, son significativas las editadas de nuevo por Edicions 62 y la Caixa en 1978 (E. PRAT DE LA RIBA con el título *La nacionalitat catalana*, cuya primera edición es de 1906, que incluye además un apéndice con cuatro trabajos), en 1979 (V. ALMIRALL *Lo catalanisme*, cuya primera edición es de 1886) y en 1982 (A. ROVIRA i VIRGILI *Nacionalisme i Federalisme*, publicado en 1917).

Además de la lectura de las obras publicadas en el último tercio del S. XIX y primer tercio del S. XX, en el contexto de la época, es importante el libro del miembro de la ponencia constitucional J. SOLÉ TURA *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo, autodeterminación*, Alianza Editorial, Madrid 1985, que ofrece reflexiones de gran interés para considerar ahora la cuestión de los efectos previsibles de una reforma de la Constitución, y del riesgo de que produzca los efectos contrarios a los deseados; en este sentido, presentan especial interés las págs. 173 a 192, que tratan de la “La propuesta política del

3.- LA IMPLANTACIÓN DEL DENOMINADO ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS Y SU EVOLUCIÓN: EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

El acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española vino a organizarse a través del **principio dispositivo**, en el sentido de que la Constitución no determinaba que todo el territorio debiera organizarse en Comunidades Autónomas, ni cuál debía ser el ámbito territorial de cada una de ellas ni las competencias que debían asumir.

La Norma Fundamental sí establecía algunos criterios en orden al procedimiento para acceder a la autonomía y a las Comunidades que podrían acceder de forma inmediata al primer nivel de autonomía, lo que suponía que podrían asumir todas las competencias no reservadas al Estado por la Constitución; mientras que las de segundo nivel sólo podrían asumir las competencias enumeradas en el artículo 148 de la Constitución, si bien transcurridos cinco años y mediante reforma de sus Estatutos podrían asumir todas las competencias no reservadas al Estado.

El tiempo transcurrido permite afirmar rotundamente que las Comunidades Autónomas, constituidas en casi todo el territorio nacional, junto a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, se han asentado políticamente con toda intensidad, de tal modo que, mediante reforma de sus Estatutos, las de segundo nivel inicial de autonomía han accedido al primer nivel.

Los hitos principales de la constitución y evolución de las Comunidades Autónomas son los siguientes:

- en una primera fase, se tramitaron y aprobaron todos los Estatutos de Autonomía (1979-1983). Debe hacerse notar que el riesgo de que el principio dispositivo se tradujera en unas Comunidades Autónomas asimétricas que originaran un desorden en el conjunto (piénsese en la posibilidad de 17 Comunidades Autónomas asumiendo cada una de ellas distintas competencias sobre diversas materias), dió lugar a que los dos partidos con mayor presencia parlamentaria (UCD y PSOE) llegaran a un pacto en 31 de julio de 1981 que permitió consensuar políticamente los Estatutos de autonomía que se aprobaran a partir de dicha fecha.

nacionalismo”, “Los nacionalismos y el adversario exterior”, “El auge de los nacionalismos”. También es importante, entre otros, el libro *Cataluña en España. Historia y mito*, de G. TORTELLA, en colaboración con J.L. GARCÍA RUÍZ, C.E. NÚÑEZ y G. QUIROGA, Ed. Gadir 2016.

- transcurridos cinco años desde la aprobación, las Comunidades de segundo nivel pusieron de relieve su voluntad de modificar los Estatutos para ampliar sus competencias. Nuevamente, y para evitar los riesgos que ofrecía la posible asimetría del modelo, se produjeron los denominados Pactos Autonómicos de 1992 (entre las fuerzas políticas mayoritarias) que dieron lugar a la Ley Orgánica 9/1992, de Transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas de 2º nivel, y posteriormente a la modificación de los diversos Estatutos de Autonomía.

- también en esta segunda fase se aprobaron las Leyes Orgánicas 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta y 2/1995, de 13 de marzo, del Estatuto de Autonomía de Melilla, que las configura como entes locales dotadas de un régimen jurídico especial plasmado en su correspondiente Estatuto de Autonomía.

En estas fases el sistema ha funcionado razonablemente, si bien dentro de las inevitables tensiones que provoca un cambio tan trascendental como ha sido la implantación del denominado Estado de las Autonomías, que han dado lugar a una intensa actividad del Tribunal Constitucional en la solución de conflictos de competencias y también de recursos de inconstitucionalidad. Pero con el paso del tiempo el Tribunal Constitucional ha establecido una jurisprudencia que ha determinado cual es la interpretación de la Constitución, lo que ha dado lugar a una importante disminución del número de conflictos de competencias, aún cuando esta afirmación debe matizarse porque tales conflictos se ponen de manifiesto en otros procesos constitucionales, en especial los recursos de inconstitucionalidad.⁵

4.- TENSION ENTRE LA UNIDAD DE LA NACIÓN Y LA AUTONOMÍA DE NACIONALIDADES Y REGIONES: AGOTAMIENTO DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Ahora bien, cuando podía entenderse que se había conseguido un grado razonable de desarrollo y asentamiento del sistema constitucional, a partir de 2006 se va iniciar una nueva fase con la revisión de los Estatutos en la que

5. Para conocer de que estamos hablando es importante tener en cuenta que según la Memoria del Tribunal Constitucional del año 2016 (pág. 39) el número de conflictos constitucionales ascendió al número de 12 (frente a los 7 planteados en 2015), y el número de recursos de inconstitucionalidad –que pueden encubrir conflictos competenciales- ascendió a 32 (frente a 42 de 2015).

las limitaciones y riesgos del modelo abierto y del principio dispositivo van a ponerse de manifiesto con especial intensidad.⁶

En efecto, por causas diversas, fundamentalmente políticas, se va a plantear una nueva asunción de competencias -con mayor o menor intensidad- que pone en cuestión cuáles son los límites del principio de autonomía.

Porque, en efecto, la puesta en marcha de la organización territorial del Estado de las Autonomías pudo producirse sin dificultades insuperables, dado que se partía de un Estado centralizado y de la idea compartida por todas las fuerzas políticas de organizar el poder del Estado en distintos niveles, lo que daba lugar a que las Comunidades Autónomas pudieran asumir en sus Estatutos competencias adecuadas para satisfacer sus aspiraciones del momento. Pero resulta lógico -e incluso era previsible- que en una fase posterior, una vez realizada la distribución del poder, se planteara una tensión intensa entre los principios de unidad y autonomía.

El éxito político de las autonomías es indudable y su sólida implantación en la conciencia popular no ofrece duda alguna. Resulta así plenamente explicable que en un modelo abierto, como el diseñado por la Constitución, se intente obtener sucesivamente nuevas competencias por las Comunidades Autónomas. Y es aquí donde surge la gran cuestión; ¿estas nuevas competencias encajan en el marco constitucional o son contrarias a la Constitución?

En relación con esta cuestión debemos recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que ha salvado la constitucionalidad de muchos preceptos impugnados mediante una Sentencia de carácter interpretativo y ha declarado la inconstitucionalidad de algunos otros.

Esta Sentencia se ha utilizado para acentuar la tensión entre Unidad y Autonomía (obvio es decir que la nulidad de determinados artículos no tiene

6. Sobre la evolución del sistema, la tercera etapa abierta con la revisión de Estatutos tras 2006 y la aparición de serios problemas de constitucionalidad, es de cita obligada el trabajo del Prof. E. GARCÍA DE ENTERRÍA "El sistema descentralizador de las Comunidades Autónomas tras la Constitución de 1978", publicado en la *Historia de España de Menéndez Pidal* dirigida por el Prof. J.M. JOVER ZAMORA, T. XLIII, vol. primero *La España de las autonomías*, coordinado por el Prof. J.P. FUSI AIZPURÚA y la Prof^a. G. GÓMEZ-FERRER MORANT págs. 5 a 35, Ed. Espasa-Calpe, Madrid 2007.

su origen ni en la Sentencia ni en los recurrentes, sino en el contenido de la norma).⁷

Ahora bien, desde otra perspectiva, esta Sentencia ha evidenciado el agotamiento del principio dispositivo, que ha cumplido una función temporal, por lo que es necesario que se lleve a cabo el cierre del sistema jurídico.

A todo lo expuesto se ha unido la crisis económica que con las tremendas consecuencias sociales y económicas que ha producido, ha aumentado la tensión existente; tensión que se puede incrementar fácilmente si se utiliza –como se ha utilizado– para adoptar la cómoda posición de atribuir a otros la responsabilidad total de la situación producida.

De esta forma se ha puesto en peligro la continuidad de la armonización con la Unidad de la Nación del reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, desconociendo su inmenso valor histórico y social, hasta el punto de que el pacto reflejado en la Constitución fue considerado como el cierre de una época de tensión y la apertura de una época de concordia.⁸

5.- SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL: EL DUALISMO POLÍTICO

A partir de aquí la tensión entre los principios de unidad y autonomía ha ido creciendo progresivamente y ha desembocado en una situación bien

7. Esta utilización política se ha facilitado por el procedimiento de tramitación del Estatuto según el cual, y al no estar establecido el recurso previo de inconstitucionalidad, el recurso de inconstitucionalidad se interpuso una vez efectuado el referéndum lo que dio lugar a que la Sentencia pudiera presentarse como una especie de contraposición a la voluntad del pueblo de Cataluña. Esta situación se ha corregido por la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, que ha introducido el Título VI Bis en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional denominado “*Del recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y contra propuestas de reforma de Estatutos de Autonomía*”. Este título comprende un solo artículo que es el 79, cuya mera lectura evidencia el cambio producido, que consiste en que la interposición y resolución del recurso previo de inconstitucionalidad, y el ajuste a la Constitución, si procediere, han de ser anteriores a la celebración del referéndum.

8. El Prof. SANTOS JULIÁ, ha señalado la trascendencia del pacto que dio lugar a la Ley de amnistía, en su obra *Historias de las dos Españas* Ed. Taurus 2015, que es una edición ampliada y revisada de la publicada en 2004, en los siguientes términos (pág. 509): “*Fue este acuerdo de clausurar un pasado que constantemente se traía a la memoria lo que dio lugar al primer pacto del proceso de transición de la dictadura a la democracia, un pacto sobre el pasado que, en definitiva, impedía utilizarlo como instrumento en las luchas políticas del presente y que en el ánimo y la palabra de quienes lo forjaron y le dieron forma jurídica entrañaba la convicción, como diría el presidente Suárez un año después, en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados en la que fue aprobado el texto de la Constitución, de que ya, en aquel momento, no había «dos Españas irreconciliables y en permanente confrontación». Las historias de las dos Españas terminaban su largo periplo aquella tarde de octubre de 1977, al tiempo que comenzaba la historia de la España plural*”.

conocida y vivida por todos que se ha producido en Cataluña con el intento de fracturar la unidad de la Nación española.

Nos encontramos ahora en un tiempo de reflexión, y esta reflexión ha de partir de la consideración que hemos efectuado acerca de por qué se ha llegado a la situación actual, porque si no tenemos claras las causas, difícilmente pondremos poner remedio a sus efectos.

En síntesis, habría que hacer ahora un balance y poner sobre la mesa el ámbito de concordancia y discordancia de forma acabada, con objeto de que se pudiera hacer una reflexión objetiva sobre lo conseguido en el ámbito de las autonomías y la necesidad de restablecer el consenso.

Este es el camino a seguir, y en esta línea debe señalarse que el Estado ha creado en el Congreso una Comisión para la Evaluación y Modernización del Estado Territorial, que en la práctica está bloqueada por la oposición de determinados partidos.

Sin embargo, debe también indicarse que este camino se obstaculiza en la medida en la que se aplique el dualismo político, que consiste en que cada parte haga un mito de lo propio y atribuya un compendio de males al contrario⁹.

La creación de un mito, en términos objetivos, consiste en crear un conjunto de representaciones, que pueden tener su punto de partida en personajes, acontecimientos o estructuras históricas, y también en conceptos o técnicas racionalmente construidas. La configuración del mito:

- añade al objeto atributos que no tiene
- margina lo que puede tener de negativo
- abstrae la configuración de su condicionamiento histórico
- en una palabra, deforma el objeto pero tiene a lo deformado por verdad
- solo existe mientras se vive colectivamente como una realidad emocionalmente vivida (si no se convierte en fantasía, ilusión o leyenda).

9. Las ideas que se exponen a continuación sobre la configuración, características y funciones de los mitos están tomadas del trabajo del Prof. Manuel GARCÍA PELAYO "Mitos y Actitud mítica en el campo de lo político". Tomo III de sus obras completas, págs. 2723 a 2748.

El mito cumple una función integradora, movilizadora y esclarecedora en cuanto concreta lo que la gente siente de forma vaga. Irrumpe en momentos críticos y puede ser un instrumento creado para la manipulación si se hace al adversario el compendio de los defectos.

Y el problema puede todavía complicarse más si las dos partes procedieran de la misma manera, cosa que hasta ahora no ha sucedido mas que por parte de los separatistas.

Y surge así la pregunta de si se va a conseguir avanzar en la vía del restablecimiento del consenso y de la concordia sobre una base real, abandonando el dualismo político.

Hemos de situar nuestra esperanza en que –aunque sea por necesidad– vuelva el espíritu de concordia superando la contraposición entre razones y sentimientos en que estamos inmersos. Y si lo pensamos bien, es lo que hacemos habitualmente cada uno en nuestra experiencia personal y lo que hizo posible la creación de las Comunidades Europeas después de la Segunda Guerra Mundial, y la propia Transición española plasmada en la Constitución.

2. INTERVENCIÓN DE D^a SONIA I. VIDAL FERRER MAGISTRADA JUEZ DECANA DE PALMA, EN MESA REDONDA SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA OCUPACIÓN DE INMUEBLES

La ocupación de inmuebles: posibles soluciones

La ocupación de inmuebles ha sido una cuestión que siempre ha tenido trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico. Goza de una amplia protección civil, pero también existen comportamientos que el legislador ha considerado merecedores de protección penal, bien porque esa ocupación afecta a la morada (vivienda), bien porque puede concurrir violencia y/o intimidación, sean constitutivas de morada o no o, incluso cuando se produce una ocupación pacífica de inmueble ajeno. Esta última protección ha estado vigente en distintas épocas y en la actualidad, desde 1995, se protege la ocupación de inmueble no constitutivo de morada sin violencia y/o intimidación que se alza como la protección más controvertida desde el mismo momento de su legislación.

Se ha producido una evolución en los sujetos activos de estos tipos penales, principalmente en el art. 245.2 CP, donde en el momento en que se introdujo su regulación se pensaba esencialmente en los movimientos sociales conocidos como “okupas”, si bien tras la crisis económica de estos últimos años, los sujetos activos también responden a personas en condiciones de vulnerabilidad social y económica cuyas circunstancias son tenidas en cuenta bien por la legislación bien por las resoluciones judiciales. Partiendo de la protección penal a inmuebles que son morada y de aquellos que no lo son y atendida la conflictividad existente en la aplicación de esta normativa se pretende examinar los supuestos más habituales y qué trato procesal puede resultar más oportuno para la rápida obtención de una tutela judicial efectiva, y ello siguiendo el camino abierto por la Instrucción del Fiscal Superior de las Illes Balears dictada a 10 de junio de 2019.

SUPUESTOS DE OCUPACIÓN DE MORADA O VIVIENDA OCUPADA POR SU TITULAR

Artículo 202 C.P.

1. *El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

2. *Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.*

Se está ante supuestos de ocupación de viviendas en los que reside habitualmente su titular. En estos casos se tutela la inviolabilidad del domicilio, busca garantizar el ámbito de intimidad, de privacidad de la persona dentro de un espacio limitado de su elección, y que debe quedar exento de agresiones exteriores de personas o autoridades públicas, salvo consentimiento. La intimidad personal y familiar es el valor constitucional protegido.

La principal cuestión, a efectos prácticos, es determinar qué morada está protegida, qué es domicilio para gozar de la protección constitucional y así incurrir en el tipo delictivo del art. 202 CP.

STS 6 de julio de 2017: <<2.- Siendo así en relación en el delito de allanamiento de morada, en STS 1426/2005 del 5 diciembre , hemos dicho que la inviolabilidad del domicilio” constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública”, exención o inmunidad que tienen su causa y razón de ser en que el domicilio es, como se dice en la citada STC 22/84 , «un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima». El valor constitucional de la intimidad personal y familiar que, como decimos, explica el mayor rigor punitivo con que se protege en el CP vigente la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, sugiere que debe ser el derecho de éstas a la intimidad la clave con que debe ser interpretado el art. 202 CP , de suerte que el elemento objetivo del tipo descrito en esta norma debe entenderse «puesto» siempre que la privacidad resulte lesionada o gravemente amenazada, lo que inevitablemente ocurrirá cuando alguien entre en la vivienda de una persona, cualquiera que sea el móvil que a ello le induzca, sin su consentimiento

expreso o tácito. No exige el tipo diseñado por el legislador un elemento subjetivo específico: es suficiente con que se «ponga» el tipo objetivo con conciencia de que entra en un domicilio ajeno sin consentimiento de quienes pueden otorgarlo y sin motivo justificante que pueda subsanar la falta de autorización, pues dicha conciencia necesariamente comporta la de que se invada el espacio en que otras personas viven sin sujeción a los usos y convenciones sociales y ejerciendo su más íntima libertad (STS. 14.6.2000). La conducta positiva entrar o permanecer en morada ajena ha de realizarse contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta; no es necesario que sea expresa y directa, bastando que lógica y racionalmente pueda deducirse de las circunstancias del hecho de otros antecedentes (STS. 17.11.2000), solo se exigirá el dolo genérico de entrar o mantenerse en morada ajena contra la voluntad del morador, sin requerirse la presencia de ningún otro especial elemento subjetivo del injusto (STS. 17.11.2000) bastando con la conciencia de la ajenidad de la morada y de la ilicitud de la acción.>>

Es importante no olvidar que domicilio no solo consiste en el habitual, donde se reside normalmente, es un concepto más amplio que abarca otras situaciones, así la STS 11 de diciembre de 2014: << *En la STS de 14 de junio de 1995 ya se advertía que “ el domicilio, en el sentido de la Constitución, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad “...Y también recordaba la STS 731/2013, de 7 de octubre que “el Tribunal Constitucional, ha identificado el domicilio con un «espacio apto para desarrollar vida privada» (STC 94/1999, 31 de mayo , F. 4), un espacio que «entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad», «el reducto último de su intimidad personal y familiar» (STC 22/1984 , STC 60/1991 y 50/1995 , STC 69/1999, 26 de abril y STC núm. 283/2000, 27 de noviembre)”.* Y que “ *Esta Sala, entre otras en la STS 1108/1999, 6 de septiembre, ha afirmado que «el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental» (SSTS 24-10-1992, 19-7-1993 y 11-7- 1996)”.*

Por lo tanto, el concepto de domicilio es más amplio que el que se deriva de una mera constatación administrativa o tributaria relativa al lugar donde se fija la residencia a esos efectos, para constituir el lugar cerrado que una persona dedica al desarrollo de todos o de algunos aspectos de su privacidad, que, por esa razón, debe quedar protegido de la presencia indeseada de terceros y, especialmente, de las autoridades públicas, salvo los supuestos excepcionales previstos en la ley.>>

Así pues, para considerarse morada no hay que estar a conceptos administrativos o tributarios, sino que tienen una cabida más amplia, siempre que pueda encajar con las descripciones ofrecidas, que sea un lugar acotado destinado al desarrollo de la vida privada. Se podrán considerar incluidas las segundas residencias en zonas costeras, en el campo o anexos siempre que estén conectadas con la morada, una tienda de campaña, una habitación de hotel, una cueva, un camarote de barco o un coche remolque.

El delito de allanamiento de morada es un delito menos grave condenado con pena de prisión de seis meses a dos años y tiene un subtipo agravado, art. 202.2 CP, que aumenta hasta cuatro años, si media violencia o intimidación en su comisión, se exige una fuerza real, material para poder acceder o mantenerse en la vivienda. Es frecuente que además pueda ir acompañado de la comisión de otros tipos delictivos como daños o defraudación del fluido eléctrico, etc. Se trate sólo de un mero allanamiento, o de su versión agravada o concurrente con otros delitos cabe la actuación inmediata de los cuerpos policiales, sin necesidad de acudir al amparo del juez. Se está ante la comisión de un delito, si los ocupantes permanecen en su interior, es flagrante, lleva aparejada pena de prisión, y cabe el desalojo inmediato, incluso la detención de los ocupantes.

Una cuestión que puede plantearse es qué sucede si llevan un tiempo ocupando la vivienda porque se trate de una segunda residencia o bien el titular haya permanecido un tiempo sin ocuparla (una estancia larga en el extranjero o en un hospital, ...). No se considera que una acción ilegal por prolongarse en el tiempo la legitime frente al derecho del titular de recuperar de forma inmediata su vivienda. No se ha desarrollado un derecho a la intimidad del ocupante frente al derecho, de rango superior, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio que tiene el titular, quien además es muy posible que sea quien esté sufragando los suministros de la casa, que otro disfruta sin su consentimiento, o que le haya ocasionado unos daños en la vivienda y usado sus enseres personales, siendo realmente muy difícil que realmente vaya a verse resarcido de los perjuicios que se le han ocasionado.

Con todo, conviene adoptar medidas por parte de los cuerpos policiales, cuando los moradores ilegales son desalojados o detenidos y no pueden o no retiran sus enseres. En el caso de desalojo, deberían retirar sus cosas. En caso contrario o si hay detención, los enseres deberían depositarse en un depósito municipal o en el juzgado para su devolución, para que puedan ser retirados por sus dueños. Sería aconsejable que quede constancia de qué hay en la casa, mediante un acta o una videograbación, para evitar posibles problemas que pudieran darse con posterioridad sobre los enseres que había, y ello además

permitirá constatar el estado del inmueble. En cuanto a los bienes, se estima como una opción válida, que podría aplicarse subsidiaria y analógicamente el art. 703.1 LEC cuando hay que ejecutar una sentencia que implica la entrega de un inmueble a quien tiene derecho al mismo, equiparable al desalojo y devolución de la vivienda a su titular, se requiere al titular de los enseres para que sean retirados en el plazo de un mes y si no lo hiciera se entienden bienes abandonados, pudiendo dar un uso que se creyera conveniente. 703.1 LEC. <<Si el título dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble, una vez dictado el auto autorizando y despachando la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la misma ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena y, en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo.

Si en el inmueble que haya de entregarse hubiere cosas que no sean objeto del título, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá al ejecutado para que las retire dentro del plazo que señale. Si no las retirare, se considerarán bienes abandonados a todos los efectos.>>

Esta solución permitiría en un periodo razonable, devolver las cosas a los ocupantes, o en su defecto disponer libremente de ellos y darles el destino que por el juzgado se estimara pertinente, puesto que la causa acabará judicializada.

OCUPACIÓN DEL DOMICILIO DE UNA PERSONA JURÍDICA Y DE ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO

Artículo 203 C.P.

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.

2. Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su

titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

El punto 1 contempla un delito menos grave consistente en entrar en contra de la voluntad del titular en el domicilio de una persona jurídica, despacho profesional u oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público, fuera de los horarios de apertura. Si para entrar o permanecer se usa violencia o intimidación, se agrava la pena. En ambos casos, los cuerpos de seguridad podrán proceder a la detención o desalojo, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial. La forma de actuación es la misma que para el allanamiento de morada, toda vez que se está ante delitos menos graves.

Al contrario, se configura como delito leve el permanecer en el establecimiento, fuera del horario de apertura y en contra de la voluntad del titular. Aquí, se considera que la entrada sí la hizo con el consentimiento del titular, pero luego permanece en contra de la misma. En este caso, habría que valorar la posible concurrencia de otros delitos, si alguno pudiera alcanzar la categoría de menos grave, se podría proceder a la detención, pero por los demás tipos (por ejemplo, daños). Debe partirse de que se trata de establecimientos u oficinas que sí se abren al público y que la permanencia debe producirse fuera de las horas de apertura, porque durante las mismas podrá procederse de otra manera.

OCUPACIÓN DE INMUEBLES DESOCUPADOS POR SU TITULAR QUE NO SON MORADA

1.- ARTÍCULO 245 C.P.

1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.

2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

El capítulo V del título XIII regula la usurpación y se compone de los arts. 245 a 247 del Código Penal. El que aquí será objeto de atención es el art. 245,

principalmente en su punto 2, la usurpación sin violencia o intimidación de inmuebles no constitutivos de morada, de conflictiva aceptación y aplicación desde que se reintrodujo en el C. P. de 1995.

El supuesto 1º, se refiere a la ocupación con violencia o intimidación en las personas de un bien inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se castiga con penas de prisión y en el ámbito de un delito menos grave, permite el desalojo, incluso la detención en virtud de esa violencia o intimidación, y ello sin necesidad, en principio, de acudir a la autoridad judicial.

El supuesto que más conflicto produce es el segundo apartado del art. 245 CP, y ello porque si bien su introducción en el año 1995 pretendía dar una respuesta a las ocupaciones realizadas por el movimiento “okupa”, la situación actual muestra que la ocupación se produce en muchos inmuebles que están en manos de entidades bancarias o grupos de gestión, que si bien son titulares, normalmente, tras adjudicaciones judiciales en virtud de procedimientos de ejecuciones hipotecarias, no tienen una posesión real, inmediata y no asumen voluntariamente las obligaciones derivadas de una situación de propiedad horizontal. En otras ocasiones, son viviendas a la espera de ser vendidas, promociones inmobiliarias que se van a poner o que están a la venta y, en definitiva, se trata de viviendas que pasan a ser ocupadas por personas que presentan una situación de vulnerabilidad social y económica, aunque en ocasiones, incluso es por grupos organizados con una vertiente claramente delictual provocando, en todo caso, situaciones de conflicto con los vecinos.

Es un precepto que no supone una novedad en nuestro sistema legal, así se introdujo en el CP de 1848 y estuvo en vigor hasta 1861 y se reintrodujo en 1928 hasta 1931. No obstante, el Código Penal de 1995 lo introduce nuevamente. Como señala D^a. M^a. Almudena Álvarez Tejero, en su artículo de 13 de junio de 2016 para El Derecho, <<La aparición del denominado movimiento «okupa», como reivindicación o acción social para la utilización de inmuebles vacíos con el fin de usarlos como viviendas, lugar de reunión o centros con fines sociales y culturales, haciendo de la ocupación una protesta política y social contra la especulación inmobiliaria, entre otras cosas, unida a la precaria situación económica de segmentos de la población, ha llevado a que la ocupación, sea un fenómeno social con gran incidencia jurídica al utilizarse ya no sólo por grupos de jóvenes reivindicativos, sino también por personas con problemas de acceso a una vivienda>>. Esta es la situación actual, no atiende tanto a movimientos okupas, que también, sino a personas con problemas de acceso a la vivienda e incluso se ocupa con finalidad

delictiva en sí misma, así para la extorsión a la propiedad que, por ejemplo, deba entregar en plazo las viviendas.

2.- POSICIONES JURISPRUDENCIALES DESDE SU INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Desde su reintroducción en 1995 está abierta una polémica sobre su vigencia, su aplicación y su necesidad que mantiene dividida a la doctrina y a la jurisprudencia. Quienes han abogado en favor de su supresión alegan el principio de intervención mínima del Derecho Penal, el carácter fragmentario y secundario de este derecho, incluso atienden a un principio de insignificancia. Jurisprudencialmente, se refleja en sentencias tales como las de SAP Madrid secc. 29^a, de 2 de febrero de 2011, SAP de Valencia, secc.3^a, de 4 de octubre de 2012, SAP Barcelona secc. 10,^a de 17 de septiembre de 2013 o SAP de Madrid secc. 15 ,^a de 27 de enero de 2010, de la que se aporta un extracto: << *La aplicación del principio de insignificancia (que ha sido aplicado por el Tribunal Supremo incluso en el tráfico de sustancias estupefacientes a pequeña escala: SSTs 1889/2000, 11-XII; 1439/2001, 18-VII; 216/2002, 11-V; y 298/2004, 12 -III, entre otras) impide, pues, dictar una sentencia condenatoria, toda vez que el grado de injusto es de un nivel tan escaso que no cabe insertar el comportamiento de la acusada en el texto de la norma penal.*

La decisión resulta todavía más fundamentada si se pondera que estamos ante un tipo penal cuyo nivel de antijuricidad material ha sido y es muy cuestionado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Esto quiere decir que su interpretación ha de ser restrictiva y de acuerdo con unos criterios teleológicos que no vulneren el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal. Por lo cual, cuando en este contexto el nivel de vulneración del bien jurídico se halla incluso dentro de los márgenes de lo ínfimo o de la insignificancia, no parece asumible que opere una norma penal que ya en los supuestos de ataques o menoscabos de mucha mayor entidad mediante la ocupación consolidada de una vivienda deshabitada resulta seriamente cuestionada>>.

Frente a esta posición está aquella respuesta judicial que ha entendido aplicable el precepto a partir del principio de legalidad, que se busca proteger bienes jurídicos que la sociedad concibe como esenciales frente a los ataques que puedan sufrir, en este caso se busca la protección del derecho de propiedad o el patrimonio inmobiliario y en tanto el principio esté vigente, si se producen los hechos tipificados deberá ser aplicado, SAP Zaragoza secc 6^a, 12 de marzo

de 2009, <<Por otra parte, en lo referido al principio de intervención mínima de las normas penales, que también se invoca, ha de tenerse en cuenta que el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que es evidente la exigencia de que éstas conductas deban ser castigadas, conforme al principio de legalidad, y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad, cuyos instrumentos previstos al efecto (procedimientos interdictales) permiten recuperar con rapidez la posesión invadida ilegítimamente, pero en modo alguno son de obligatoria utilización por el propietario del inmueble ocupado cuando, como es el caso, se ha producido la usurpación penalmente reprochable. De lo contrario, si no se sancionaran penalmente estas conductas, por existir otros procedimientos civiles posesorios previstos legalmente, los órganos judiciales estaríamos asumiendo, en la práctica, una función que no nos corresponde -la legislativa-, lo cual no podría justificarse, en modo alguno, al ser al legislador a quien incumbe decidir en cada supuesto, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. En este caso, se ha incluido en la norma penal la usurpación de cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario y, en consecuencia, al prevenir el ordenamiento jurídico la correspondiente sanción de carácter punitivo para quien quebrante dicha norma, los Tribunales estamos en la obligación de aplicarla cuando tal quebranto se produzca, evitando cualquier posible consideración personal acerca del eventual desacuerdo con la punibilidad que la Ley establezca y limitándonos únicamente a establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes sobre la tipicidad de cada conducta concreta.>> SAP Almería secc 1ª, 11 de marzo de 2011, SAP Guipúzcoa secc 1ª, 8 de junio de 2012, SAP Valladolid secc 2ª, 25 de septiembre de 2013.

3.- SITUACIÓN ACTUAL

La situación es compleja porque intervienen múltiples factores y principalmente porque si su introducción respondió a una situación de ocupación de inmuebles con unos pretendidos fines sociales por el conocido como movimiento “okupa”, en la actualidad se mueve más hacia la necesidad de subvenir el acceso a la vivienda.

Existe un grave problema de vivienda, de escasez y carestía y no es tratado adecuadamente por quien tiene el deber constitucional de hacerlo. Art. 47, primer párrafo, de la Constitución Española, dentro de los Principios Rectores de la Política social y Económica, establece que: <<Todos los españoles tienen

derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación>>. Llamar la atención que se trata de un principio rector de las políticas sociales y económicas, no se trata de un derecho fundamental como tal, y no goza de la protección constitucional que sí tienen estos derechos. Lo que está sucediendo es que, frente a la necesidad de vivienda, o amparados en otros ideales, se están ocupando inmuebles en detrimento de la propiedad privada. En este contexto procede intentar analizar las situaciones reales que más se reiteran e intentar exponer cuál pudiera ser la solución jurídica más adecuada para el restablecimiento de la situación legal, en el bien entendido, que corresponde al poder público ofrecer las respuestas que demanda la población en cuanto a la vivienda.

Centrándonos, en el aspecto legal, el Código Penal de 1995 es reformado por L.O. 1/2015 de 30 de marzo y la usurpación no violenta de inmuebles que no son morada pasa a ser un delito leve. Esta decisión tiene trascendencia a la hora de poder adoptar medidas, no sería procedente la detención y si bien las medidas cautelares pueden ser adoptadas, arts 13 y 544 LECrim y 57 CP, al tratarse de un delito patrimonial, y, aun cuando hay una limitación en el tiempo de duración de un máximo de seis meses, la finalidad buscada es la desocupación inmediata, no obstante, tampoco puede obviarse lo inusual de adoptar medidas cautelares en delitos leves. Paralelamente se van produciendo reformas en otras ramas del Derecho, en sede administrativa, la L.O 4/2015, Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su art. 37.7. Y en sede civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha sido reformada por Ley 5/2018 de 11 de junio que afecta principalmente a las acciones para recuperar la posesión, los antes llamados interdictos posesorios, y la reforma por Real Decreto-ley 7/2019 de 1 de marzo que afecta a los procedimientos en resolución de contratos de arrendamientos de vivienda. El conjugar estas legislaciones es una tarea harto complicada, pero según el supuesto de hecho se podrá ir por una vía o por otra.

Reconduciendo la cuestión al art. 245.2 CP, y sentado el complejo panorama legal que se abre cuando se produce una ocupación sin violencia ni intimidación de un inmueble que no es morada, hay que intentar delimitar si procede acudir a la vía penal, y si es así, cuándo. A pesar de las reformas legales producidas en diversos ámbitos, el art. 245.2 CP no ha sido derogado expresamente, y si bien algún sector doctrinal ha defendido la posibilidad de una derogación tácita por el art. 37.7 LPSC, el propio artículo, in fine, indica que será infracción administrativa cuando la ocupación no sea constitutiva de infracción penal, por lo que la deja a salvo, es decir, vigente la regulación

penal, y en todo caso, no dejaría de ser muy llamativo aceptar una derogación tácita en sede penal.

Para intentar delimitar cuándo se está ante la infracción penal y cuándo puede ser administrativa, habrá que acudir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014, nº 800/2014 que clarifica los elementos que deben concurrir para que se esté ante el tipo delictivo:

<<TERCERO

Los delitos de usurpación, tipificados en el Capítulo V del Título XIII del Código Penal de 1995, constituyen una modalidad de delitos patrimoniales que tutelan específicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles.

En ellos el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito.

La modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de inmuebles, introducida en el Código Penal de 1995 en el número 2º del artículo 245 , requiere para su comisión los siguientes elementos:

1. La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia.

2. Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (Art 49 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo.

3. Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión.

4. *Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio “contra la voluntad de su titular”, voluntad que deberá ser expresa.*

5. *Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada.*

CUARTO

Partiendo de estos criterios pueden ya analizarse las alegaciones de la parte recurrente referidas a la indebida aplicación del art 245 2º CP en el caso actual.

En primer lugar, se alega, como ya se ha expresado, que los hechos no revisten la suficiente gravedad para fundamentar una condena por delito, desde la perspectiva de la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada. Considera la parte recurrente que la exigencia de una gravedad o intensidad relevante en la ocupación constituye una consecuencia necesaria del carácter subsidiario de la norma penal. Y finalmente estima que en el caso actual la perturbación posesoria es ocasional, sin vocación de permanencia y de poca intensidad, por lo que debe considerarse atípica.

La construcción jurídica en que se apoya esta alegación es correcta, en abstracto, según lo anteriormente expuesto, pero no resulta aplicable al caso enjuiciado. En efecto, esta argumentación resultaría aplicable si efectivamente nos encontrásemos ante una ocupación ocasional, esporádica, sin vocación de permanencia, como lo sería la que durase un breve período temporal, el necesario para obtener la repercusión pública de la reclamación de carácter social que fundamentaba la acción realizada.

Pero lo cierto es que en el caso actual se superó muy ampliamente esta naturaleza de acto simbólico que la ocupación tenía inicialmente como protesta social, para convertirse en una ocupación que los propios ocupantes calificaban como permanente o indefinida, y que habría de durar hasta que consiguiesen sus reivindicaciones, sin consideración alguna al perjuicio que determinaba para los usos ordinarios a los que su titular destinaba la finca, prolongándose la perturbación de forma desproporcionada durante dieciocho días.>>

Se entiende, así, que la vigencia y aplicabilidad del art. 245.2 CP pasa por la gravedad en la comisión de la conducta, es este el elemento que permite sostener que sigue en vigor y que resulta aplicable.

Se reafirma con la SAP de Baleares de 6 de septiembre de 2019, secc.1ª:

<< Como ya hemos señalado en otras resoluciones, es cierto que el delito del art. 245.2 se encuentra ubicado entre los delitos contra la propiedad. Pero teniendo en cuenta que dicha propiedad, desde el punto de vista de la protección frente a quien la perturba en perjuicio de su titular, goza de tres niveles de protección, el civil, a través del juicio verbal posesorio del art. 240.1.4º LEC , que ha sufrido una reciente modificación mediante la Ley 5/2018 de modificación de la LEC con el fin de que el propietario logre la inmediata recuperación de la posesión de un inmueble destinado a vivienda e ilegalmente ocupado; la administrativa, a través del art. 37.7 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana ; y la penal a través del delito del art. 245.2 del Código; parece razonable exigir un plus a la infracción de ese derecho de propiedad para justificar la intervención del Derecho penal del sistema sancionador que conlleva; y ese plus, como señalan resoluciones de esta Audiencia, -en concreto los Autos de la Sección Segunda, nº 174/18, de 11 de abril , y 168/18, de 5 de abril - viene determinado por la consideración de que a efectos penales, lo que se protege es, realmente, la posesión material, inmediata y efectiva que el titular ejerce sobre esa vivienda.

Como ya dijo esta misma Sección en la sentencia nº 42/2008, de 10 de abril, “Las distintas Audiencias Provinciales, cierto que, con excepciones, vienen realizando una interpretación restrictiva del artículo 245 CP. Desde la concepción de que el bien jurídico protegido por el tipo son las facultades dominicales o posesorias de un titular de derechos sobre un inmueble, se razona que hay intrusiones que no entrañan lesión o peligro significativos para tales potestades, por lo que a la luz del principio de intervención mínima del derecho penal deben quedar fuera de la sanción penal. Se afirma que será preciso que el hecho por el que se acusa cause una perturbación relevante de la pacífica posesión del bien ocupado, que haya impedido efectivamente al titular del derecho de posesión del inmueble el ejercicio de las facultades que dimanar del mismo, para que quede englobado en el supuesto de hecho de la norma. Sólo con esta construcción, se razona, es posible comprender la coexistencia de una protección penal y otra en el ámbito civil mediante las acciones posesorias y reivindicatorias.>>

Así, es interesante comprobar que, en fechas más recientes, sí se está aplicando el art. 245.2 CP en sentido condenatorio, siendo ya un delito leve, con

menos reticencias que las que se han dado en fechas anteriores y con una delimitación más clara del tipo penal. Examinando la jurisprudencia, por ejemplo, de la Audiencia Provincial de Madrid, que, antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 2014, en algunas de sus secciones, mantenía criterios favorables a la no aplicación del precitado artículo, ahora se aprecia su aplicación, en muchas de sus secciones. Así se puede observar: SAP Madrid, secc. 29 de 24 de enero de 2019: <<Con carácter previo se hace necesario examinar el concepto y elementos del delito de usurpación. Dicho delito, en su modalidad de ocupación pacífica de inmuebles, que como una suerte de “daño colateral” (GONZALEZ RUS) por mor de la reforma operada por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, ha pasado de ser un delito “menos grave” a un delito “leve” (con las consecuencias procesales a ello inherentes), se encuentra tipificado en el artículo 245.2 que sanciona al “que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular”, el legislador pretende “dar respuesta jurídico penal al fenómeno sociológico de los denominados “okupas”, y para dar mayor protección a los propietarios de viviendas desocupadas que tienen que hacer frente a este tipo de situaciones” (MARTINEZ GARCIA), así pues, la criminalización de dicha conducta se debe a una concreta opción de política legislativa que “parece responder, por ello, más bien a la vigencia de un Derecho penal simbólico” (MESTRE DELGADO), no teniendo en cuenta que “ya por la vía de los interdictos civiles y de las Leyes de Arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar con la ocupación y que, en principio, el problema se debe situar en esa vía” (MUÑOZ CONDE), y si bien se reconoce en nuestra Constitución “el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47 CE) -que es el que se considera infringido por ambos recurrentes- el mismo no se encuentra incluido dentro de los “Derechos Fundamentales” recogidos en el artículo 14 de la Constitución que encabeza el capítulo segundo y las secciones primera y segunda del referido capítulo, sino en el capítulo tercero intitulado “Principios rectores de la política social y económica” que “no supone(n) propiamente derechos y libertades, sino normas programa para la acción normativa de los poderes públicos” (PECES BARBA), Así el Preámbulo de la reciente Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, señala que “la ocupación ilegal, esto es, la ocupación no consentida ni tolerada, no es título de acceso a la posesión de una vivienda ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna”. La acción requiere “que el sujeto activo, que en todo caso no puede ser el propietario, se sitúe ilegítimamente en la posición de dominio de éste sobre el bien inmueble, sustituyéndole en sus derechos y facultades inherentes, aunque no pretenda atribuirse la titularidad del derecho de forma definiti-

va” (BORJA JIMENEZ), debiendo integrar, para ser típicamente relevante “un comportamiento duradero en el tiempo” (QUERALT JIMENEZ), tratándose de “un delito permanente cuya consumación se produce en el momento en que se ocupa el edificio o se continúa en el mismo, desconociendo la voluntad contraria del dueño” (GONZALEZ RUS). En cuanto al bien jurídico protegido, la jurisprudencia señala que los delitos de usurpación “constituyen una modalidad de delitos patrimoniales que tutelan específicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles. En ellos el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito” (STS 12-11-2014), añadiéndose por la doctrina además como bienes jurídicos protegidos el “orden público” y la “seguridad del tráfico” (JIMENEZ PARIS), no correspondiendo a la Magistrada de Instancia, ni tampoco a esta Sala entrar a valorar, desde el punto de vista de la Política Criminal, el acierto o no del legislador del Código Penal de 1995 al tipificar tal conducta como delito, así como entrar a cuestionar la validez o “aceptabilidad” (WROBLESWSKI) de la norma jurídica que lo sanciona, ni mucho menos, ocupar el lugar que corresponde al legislador, pues de hacerse así se abriría el camino a la arbitrariedad, debiendo de tenerse en cuenta el principio de “sujeción a la ley” (RUBMANN). Lo anterior no obsta a que como se indica en la Disposición Adicional de la Ley 5/2018, de 11 de junio, anteriormente citada, por parte de las administraciones públicas y por los responsables de los servicios sociales en el ámbito autonómico y local se adopten las medidas adecuadas para atender a aquellos ocupantes ilegales de vivienda que se encuentren en situación de vulnerabilidad social que se detecten en los procedimientos judiciales conducentes a su lanzamiento. El delito de usurpación requiere para su comisión los siguientes elementos: a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia. b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que de la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal. Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo. c) Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular

deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión. d) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio “contra la voluntad de su titular”, voluntad que deberá ser expresa, si bien, la doctrina y jurisprudencia entienden que ha de reputarse el requerimiento formal u orden de desalojo como de irrelevante ya que no es una exigencia del tipo (SAP Madrid, Sec. 6ª de 12-9-2012 nº: 648/2012). e) Que concorra dolo en el autor que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca arrendada. No serían, por tanto punibles las siguientes conductas: 1) las ocupaciones transitorias u ocasionales, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, como pueden ser las meras entradas para dormir (SAP Barcelona, Sec. 8ª, 21 marzo 2012), 2) las ocupaciones que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabilitación o ruina total (SAP Zaragoza, Sec. 3ª, 17 junio 2015), y 3) casos en que la posesión se concede por el titular del bien, ya sea como consecuencia de un contrato ya sea por concesión de un verdadero y propio precario, o en aquellos otros en que por efecto también de un contrato el que está poseyendo adquiere la obligación de entregar la posesión a la contraparte contractual (SAP Madrid Sec. 17ª, 17 junio 2015).>>. En sentido similar la SAP Madrid de 31 de enero de 2019, secc 6ª, o de 29 de enero de 2019 de la secc. 16 y de la secc. 17, o más recientemente la SAP Madrid de 24 de septiembre de 2019, cuando se prima el principio de legalidad frente al de intervención mínima.

4. VIAS DE SOLUCIÓN

Fijado el planteamiento teórico hay que entrar en cuál es la situación actual en esta materia, haciendo mención a algunos aspectos propios de esta Comunidad, que fijan el marco en el que se moverá el tipo delictivo del art. 245.2 C.P. y qué otras soluciones pueden darse.

La Audiencia Provincial de las Illes Balears, en acuerdo del pleno de 28 de mayo de 2019, introduce una nueva perspectiva, llega a la conclusión que al exigirse que la lesión al bien jurídico protegido sea intensa no pueden comprenderse dentro del tipo penal aquellas conductas de ocupación, sin autorización debida, de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular,

si el sujeto pasivo del hecho es una persona jurídica dedicada a la gestión de activos, o es una entidad bancaria, cuyo objeto es la obtención de beneficios y existe un desinterés que equivale a la dejación en el que las mercantiles incurrirán respecto del control o explotación de los inmuebles. Si bien el tipo penal no diferencia la naturaleza del sujeto pasivo se considera que es más grave en un particular que en una entidad cuya finalidad es lucrativa y cuya desatención al inmueble es ajena precisamente a esa finalidad, en definitiva, lo tiene abandonado, por lo que considera que en estos casos no se incurrirá en el tipo penal. Así pues, la Audiencia Provincial el requisito de la gravedad de la conducta lo extiende también a la exigencia de una posesión inmediata para determinadas personas jurídicas, por cuanto sólo si ésta se da, puede llegar a incurrirse en el tipo delictivo (así impide la solución por esta vía de aquellos supuestos de ocupación de pisos en régimen de propiedad horizontal, con grave conflictividad en el vecindario) y ello, a diferencia de lo que sucede ante otros tribunales, donde no hay diferencia por el sujeto activo del tipo y lo que se valora es si esa ocupación tiene voluntad de permanencia o por el contrario es esporádica o de escasa entidad.

La línea jurisprudencial que abre la STS 12/11/14, el acuerdo de Pleno de la Audiencia de Palma el art. 37.7 LPSC y la legislación civil protectora de la posesión, hacen cuestionarse cuándo resulta de aplicación el art. 245.2 C.P. pero principalmente cómo poder recuperar con cierta rapidez, inmediatez el inmueble usurpado ante el supuesto de una usurpación pacífica de un inmueble que no es morada.

Se plantean algunos supuestos habituales, se examina en primer lugar si puede tener recorrido penal para luego proponer alguna vía para la recuperación de la posesión de forma más o menos rápida:

1.- Si el sujeto pasivo es persona física y la conducta puede circunscribirse como grave, será de aplicación el art. 245.2 CP, en la medida que concurran los elementos establecidos por la STS 12/11/14. La jurisprudencia actual sigue esta línea confirmando muchas resoluciones de instrucción, sede actual de enjuiciamiento del supuesto analizado.

2.- Si el sujeto pasivo es persona jurídica destinada a la gestión de activos o entidad bancaria que sí destina esos inmuebles a la actividad lucrativa, que no manifiesta un abandono o desinterés respecto del inmueble, sí cabría incurrir en el supuesto del art. 245.2 CP, al no ser el supuesto contemplado por el acuerdo de pleno de la Audiencia Provincial de Palma siempre que concurra la nota de gravedad. Cabría pensar en supuestos tales como promociones inmobiliarias destinadas a su venta.

3.- Si el sujeto pasivo del tipo, es una persona jurídica destinada a la gestión de activos o entidad bancaria que no destina estos inmuebles a ninguna de las finalidades lucrativas que le son propias, que han hecho una dejación de cualquier tipo de control o explotación del inmueble, o cualquier otro sujeto pasivo en el que la conducta no alcanza la gravedad suficiente para considerar que no se incurre en el tipo penal, deberá acudir a otras vías.

4.1. PENAL

Se entiende que, si se incurre en el tipo penal, su tramitación como delito leve tiene un recorrido algo difícil que lleva a una tardanza en su solución: hay que conseguir identificar y citar a los ocupantes y celebrar el correspondiente juicio, en el que hay que acreditar los elementos del tipo. Llegado a que se dicte sentencia condenatoria, la pena es de multa, pero como responsabilidad civil se deberá proceder al resarcimiento de daños al perjudicado, art. 109 C.P. en sede de delitos patrimoniales, y en concreto en la usurpación, esto consiste en la restitución, es decir, la devolución de la posesión del inmueble con abono del deterioro producido, que se fije en sentencia. Hasta llegar aquí el desalojo rápido y la minimización de daños pueden haberse convertido en una quimera. La posible solución podría partir de la suma de dos circunstancias, la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2015 sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación a los delitos leves considera no aplicable el principio de oportunidad (que recoge el art. 963 LECrim) al art. 245.2 C. P., así pues, junto a la necesidad de seguir adelante, existe la posibilidad de solicitar unas medidas cautelares, tienen el amparo legal con los arts. 13, 544 bis de la LECrim y el art. 57 C.P., si la situación es grave, y debe serlo para tratarse de un delito del art. 245.2 C.P., y hay un riesgo de incremento en los daños que dificulte la restitución del bien y reparación del perjuicio sufrido, y normalmente concurrirá por la poca capacidad económica de los sujetos activos de los tipos, pueden sentarse con solvencia los presupuestos de solicitud de medidas cautelares. Situación examinada por la Junta de sectorial de Jueces de Instrucción de Palma, que se reunió a 23 de mayo de 2019, que pretende poner de manifiesto la conciencia de la problemática existente y dar un cauce rápido para que las peticiones que se realizaran relacionadas con la materia de ocupación y conllevaran medidas cautelares puedan ser examinadas de forma rápida, con la voluntad de poder dar una respuesta al ciudadano en un tiempo razonable en el que pueda ver satisfecho su derecho, si se valora que le asiste la tutela que solicita, con independencia de la ulterior tramitación de la causa. Se considera, además, que esta vía, podría verse reforzada en el caso de que concurrieran otros tipos delictivos, y que con ello se podría conseguir una rápida recuperación en la posesión del inmueble.

4.2. ADMINSTRATIVA

Si no se alcanza el tipo penal, el ámbito en el que procede moverse es el administrativo. El art. 37.7 Ley de Protección de Seguridad Ciudadana establece que constituye una infracción leve: <<La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal.>>. Esta infracción está castigada con una sanción pecuniaria, una multa de 100 a 600€, algo irrelevante por quien quiere recuperar la posesión y difícilmente efectiva, según la capacidad económica del infractor. Pero lo significativo es que se permite al amparo del art. 16, la identificación de los ocupantes siempre que la finalidad de la misma sea impedir la comisión de un delito o con el objeto de sancionar una infracción, es decir supuestos que se dan en todo caso con la ocupación del tipo que sea (alcance el grado delictual o no, siempre que no se tenga derecho a la misma).

Art. 16 <<1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos: a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

2. Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.

5. En los casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en su caso, en esta Ley>>

Así pues, si se negaren a identificarse, se podría proceder a su traslado a las dependencias policiales, en el caso de persistir en la negativa, dependerá

del grado de contundencia en la negativa, se estará ante una falta grave prevista en la misma ley, art. 36, con una previsión de multa económica más alta. Ciertamente, será necesaria su identificación para su imposición, y sí podría moverse en el ámbito de la desobediencia o atentado a la autoridad, en sede penal, que ampararía una posible detención. La imposición de la multa se entiende que es ineficaz, difícilmente habrá capacidad económica para atenderla. Ahora bien, es una vía significativa para la identificación de los ocupantes, necesaria para la tramitación de un delito leve, y además prevé la posibilidad de un delito de desobediencia o atentado que ampara la detención y, por ende, la salida del lugar ocupado.

Ahora bien, si no se llega a estas situaciones, o únicamente se obtiene la identificación de los ocupantes, la solución que ofrece la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, tampoco se presenta como relevante a la hora de recuperar la posesión y reestablecer el orden.

Si ante delitos menos graves, como el allanamiento de morada, la protección penal es más contundente y desde la detención policial al auxilio que pueden prestar unas medidas cautelares permiten una mayor rapidez en la recuperación de la posesión del inmueble. En los supuestos de usurpación no violenta es muy complejo, más si no se incurre en el tipo penal, y es una infracción administrativa y se considera que la mejor opción, caso de ser posible, para intentar una pronta recuperación, no pasa por el delito de usurpación, sino por denunciar la concurrencia habitual de otros tipos delictivos. En muchos supuestos, se trata de viviendas en propiedad horizontal, la ocupación, demuestra la realidad que pocas veces pasa desapercibida, suelen existir conflictos vecinales, hay defraudación de fluidos eléctricos, de agua, amenazas, coacciones, daños, incluso plantaciones de droga ... que sí podrían permitir a los vecinos, al administrador, al presidente de la comunidad, a la propiedad o a quien tiene derecho a la posesión acudir al juzgado y solicitar medidas cautelares tendentes a la desocupación, pero por estos tipos delictivos, que habrá que acreditar indiciariamente y que sí puedan ser calificables de menos graves, además de la circunstancia que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen la capacidad de poder intervenir directamente sin necesidad de autorización judicial.

Esta solución también valdría para supuestos en los que se produce la ocupación de inmuebles destinados a su venta, nuevas promociones que son ocupadas y que colocan al promotor en situación de no poder cumplir con los contratos que tuvieran concertados, desde casos de extorsión a unas coacciones, o a supuestos de ocupación que convive con la comisión de otros tipos delictivos calificados con mayor gravedad por nuestro Código Penal,

además de poder permitir a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad proceder a la identificación, pero también a la detención, por la presunta comisión de hechos delictivos menos graves, cuando menos, lo que implica de facto dejar el inmueble libre para el que sí tiene un derecho sobre el mismo.

4.3. CIVIL

Caso de no tener cabida la aplicación de la legislación penal (esencialmente en aquellos casos que el acuerdo de la Audiencia Provincial no considera que incurren en el tipo penal) u optar por otra vía, la civil, tras valorar las distintas opciones, se considera que, si el afectado es titular registral, la vía más rápida y adecuada a sus intereses es la del art. 250.1.7 LEC, de protección registral, y ello porque no diferencia qué tipo de actor es, es decir, es igual si es una persona física que jurídica, basta con que tenga inscrito su derecho real en el Registro de la Propiedad. Se debe indicar la medida que se considera oportuna para asegurar la efectividad de la sentencia, se puede pedir caución al demandado, los motivos de oposición son muy tasados y las cargas para el demandado importantes, máxime si realmente no tiene derecho a ocupar. Así, se tramitarán por juicio verbal: <<7.º *Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación*>> La demanda se inadmitirá si no contempla las siguientes prevenciones, art. 439 2º: <<1.º *Cuando en ellas no se expresen las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere. 2.º Si, salvo renuncia del demandante, que hará constar en la demanda, no se señalase en ésta la caución que, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64, ha de prestar el demandado, en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio. 3.º Si no se acompañase a la demanda certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante.*>> Reuniendo estos requisitos, la situación del demandado se complica mucho a la hora de poder defender su derecho a ocupar. Art. 440.2. <<*En los casos del número 7.º del apartado 1 del artículo 250, en la citación para la vista se apercibirá al demandado de que, en caso de no comparecer, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor. También se apercibirá al demandado, en su caso, de que la misma senten-*

cia se dictará si comparece al acto de la vista, pero no presta caución, en la cuantía que, tras oírle, el tribunal determine, dentro de la solicitada por el actor.>>. Según la situación cabe la posibilidad de tan pronto se admita la demanda adoptar las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere (art. 441.3 LEC). Y lo más gravoso para los demandados es que tienen tasados los motivos de oposición, por lo que sólo podrán circunscribirse a los legales, siempre que se haya prestado caución, si no han sido dispensados, art. 444.2<< *La oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes: 1.º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada. 2.º Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito. 3.º Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción. 4.º No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.>>* Es difícil que un mero ocupante tenga recursos para prestar la caución o bien oponerse y acreditar alguna de las causas tasadas por Ley.

¿Qué problema puede tener esta opción? La identificación del demandado. Ahora bien, si no se tiene alguna identificación concreta, se puede hacer uso vía policial, tras la denuncia, para proceder a la identificación y en todo caso, se valora como posible dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes, de forma análoga a lo que se permite en determinadas acciones para la recuperación de la posesión. Tras la reforma de junio de 2018, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 5/2019, de 11 de junio, que afecta a la vía interdictal del art. 250.1. 4º LEC, se permite ya expresamente no concretar la identificación de los demandados, siempre que el actor sea persona física, entidad sin ánimo de lucro o entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social, en cuyo caso puede dirigirse contra los ignorados ocupantes. Esta previsión ha sido declarada constitucional por la STC de 28 de febrero de 2019 al considera que << *no cabe imponer al propietario o titular legítimo del derecho a poseer la vivienda de la que ha sido desposeído por un acto violento o clandestino y que por ello se ve obligado a acudir a la vía judicial la carga a todas luces desproporcionada de llevar a cabo una labor investigadora para la identificación de los ocupantes ilegales; tarea que, por otra parte no solo pudiera resultar infructuosa, sino incluso vedada por el juego de los derechos fundamentales a la intimidad (Art. 18.1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), con el consiguiente perjuicio*

para que necesita obtener pronta tutela judicial frente al despojo del que ha sido víctima. Por otra parte, esos ocupantes desconocidos lo serán en cuanto a su identidad personal, pero no en cuanto a su paradero, ya que en todo caso pueden ser hallados precisamente en la vivienda ocupada, en la que ha de practicarse la notificación de la demanda y el emplazamiento al demandado, para que pueda en su caso aportar el título que justifique su situación posesoria y contestar la demanda... La notificación es personal, entregándose la citación (arts. 155.1 y 161 LEC) al ocupante que fuere hallado en la vivienda al tiempo de practicarse el acto de comunicación procesal por le funcionario de la oficina judicial, que podrá acudir acompañado de los agentes de la autoridad a los efectos de identificación del receptor de la notificación y demás ocupantes (párrafo primero del art. 441.1 bis LEC). La entrega de la notificación se documentará mediante diligencia que será firmada por el funcionario que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuya identidad se hará constar (art. 161.1 LEC). De este modo, la indeterminación inicial sobre la identidad del demandado -que no sobre su paradero- en el proceso para la recuperación de la posesión de la vivienda resulta superada por la ulterior identificación personal al practicarse la notificación de la demanda y el consiguiente emplazamiento. Solo en el caso de que el ocupante de la vivienda se niegue a recibir la notificación o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega procederá efectuar la comunicación por medio del tablón de anuncios de la oficina judicial, previa advertencia de tal extremo al interesado, lo que se hará constar en la diligencia (arts. 161.2 y 164 LEC). La regulación controvertida no compromete, en consecuencia, los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa del ocupante de una vivienda que pudiera resultar afectado por la resolución judicial definitiva que se dicte en el proceso judicial sumario creado por la Ley 5/2018 >>. Lo dispuesto en esta resolución se entiende que es extrapolable a otras situaciones similares.

La anterior vía se entiende cómo procesalmente la que puede ser más rápida, no obstante, no puede obviarse la referencia a las acciones tradicionales de recuperación de la posesión, y las que habrá de acudir si no se es titular registral. El art. 250.1.4 LEC permite al poseedor que se ve perjudicado en su posesión, siempre que lo denuncie en el plazo de un año desde que se produjo esa perturbación, ejercitar las acciones pertinentes para recuperarla. La reforma por Ley 5/2018 ha ido dotando de una protección más rápida a la persona física, entidad sin ánimo de lucro o entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social frente a las personas jurídicas que no reúnen estas condiciones. Así, si el actor se encuentra entre los sujetos del primer supuesto, se articula una vía más ágil que permite el desalojo más rápido que en los otros supuestos, así no necesita la concreta identificación de los demandados, si ya se solicita en la demanda y el demandado en 5 días no

aporta el título que ampara su situación posesoria, se podrá dictar el desalojo inmediato; además si el demandado no contesta a la demanda, ya permite dictar sentencia, siendo que si contesta, sólo lo podrá hacer argumentando la existencia de título suficiente frente al actor, además la sentencia estimatoria no requerirá para su ejecución del transcurso de los 20 días, exigidos por el art. 548 LEC. Todas estas medidas no resultan aplicables, y van por el cauce normal del juicio verbal caso de que la actora sea persona jurídica, sin hacer distinción entre las distintas tipologías que pueden darse, lo que demorará el tiempo de respuesta.

Ya se ha señalado que la ocupación ha ido variando para poder subvenir las necesidades de vivienda, aunque también se hayan ido desarrollando conductas delictivas organizadas tendentes a la extorsión de los propietarios o poseedores. El legislador ha buscado dar respuesta a las situaciones de precariedad e intentar compaginar el derecho a recuperar la posesión con atender las necesidades de los ocupantes, cuando realmente hay una situación de vulnerabilidad. En este sentido añade el punto 4 al art. 150 LEC, con el tenor siguiente: << 4. Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados>> Esta disposición se considera no sólo aplicable en sede civil, sino subsidiariamente en sede penal, por lo que un desalojo, cuando se trate de personas en las que pueda apreciarse una situación de precariedad o vulnerabilidad, conllevará la comunicación a los servicios sociales, siempre con el consentimiento de los afectados, a fin de no vulnerar la protección de datos, y partiendo de la realidad que en muchos casos no se quiere dar a pesar de la situación de precariedad, precisamente para no estar sujetos al control de la Administración. Se valora como una solución bienintencionada, que servirá siempre que se disponga de unos servicios sociales que no estén saturados, con recursos efectivos y se tenga disponibilidad de viviendas o soluciones para las situaciones que se detecten de vulnerabilidad.

CONCLUSIÓN

El panorama actual es complejo, la rebaja en la gravedad del tipo penal en el art. 245.2 CP, si bien no desaparece, y ciertas conductas de protección a la ocupación han generado una sensación de impunidad en la sociedad que ha debilitado al propietario o poseedor a la hora de recuperar sus derechos. Sin embargo, dentro de la amalgama de normas y leyes, y según los supuestos, podrá recurrirse a la vía penal o a la civil, que permitirá dentro de un tiempo

más o menos razonable, recuperar la posesión. Con todo, la clarificadora Instrucción emitida por el Fiscal Superior de les Illes Balears de 10 de junio de 2019 junto con el recurso a las medidas cautelares en sede de instrucción penal fundamentadas ya sea en la propia ocupación, ya sea por las demás conductas concurrentes constitutivas de delitos menos graves abren las vías para poder obtener una rápida respuesta en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad a la hora de actuar y posteriormente de los jueces a fin de que sí se otorgue la tutela judicial efectiva demandada en estos casos, y ello con independencia de la posterior tramitación y resultado del procedimiento judicial.

Notas Bibliográficas

Instrucción del Fiscal Superior de les Illes Balears de 10 de junio de 2019.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015.

Acuerdo del Pleno de la Audiencia Provincial de Palma de 28 de mayo de 2019.

La ineficacia práctica del art. 245 del CP para obtener el desalojo de un inmueble usurpado. Guillermo Ruiz Blay. La Ley Digital 2014.

El delito de usurpación. Respuesta de los tribunales. El Derecho 2014/266802.

La ineficacia del delito de usurpación para el perjudicado: algunas ventajas del proceso civil. Santiago Aragonés Seijo. Revista Crítica de derecho Inmobiliario. Noviembre 2016.

La usurpación delito leve o infracción administrativa. M^a. de la Almudena Álvarez Tejero. El Derecho, 13 de julio de 2016.

Interpretación del art. 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. Álvaro Mangas Campos. La Ley 7856/2015.

La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000 de 7 de junio de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas: Aspectos de interés. Antonio Fraga Mandián. Octubre 2018.

Memento Procesal Penal, Memento Penal y Memento Civil. Francis Lefebvre. El derecho 2019.

3. CONFERENCIA DE D^a ROCÍO PERTEGUER PRIETO, REGISTRADORA DE LA PROPIEDAD

La protección del consumidor por los registradores en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante LCCI) nace con la obligación de trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, con una clara finalidad: La protección del consumidor en el ámbito hipotecario sobre ámbito residencial y como reza la propia Exposición de motivos, con el *“objeto de la recuperación de la confianza de los prestatarios, se introducen previsiones cuya finalidad es la de potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes”*.

Son varios los momentos principales en que la referida norma se apoya en la Institución registral y en la labor de calificación del Registrador para conseguir dichos fines, a saber:

1. Un primer momento en la génesis y preparación del contrato en la fase de la oferta. Ya que, como novedad, la Ley establece de forma imperativa, en su Disposición final cuarta por la que se modifica la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la inscripción de todos los modelos de préstamos o hipotecas sujetos a la misma que contengan condiciones generales de la contratación, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, (en adelante RGCG) como requisito previo a su comercialización.¹

1. De igual modo el Artículo 7. Obligaciones de transparencia en relación con los contratos.

1. Los prestamistas inscribirán en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, previsto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley.

Esta cuestión es de gran trascendencia ya que se impone como un mecanismo de control de transparencia, a favor del consumidor, de las asociaciones de consumidores (en cuanto que determina el cómputo del plazo de prescripción del ejercicio de las acciones colectivas) y en cuanto a la comprobación de la coherencia de la oferta con lo contratado.

La importancia del referido Registro es destacada además por la Ley, en cuanto que obliga también en la misma a la inscripción de las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones de cesación, nulidad o retractación de un predisponente, así como las procedentes del ejercicio de acciones colectivas. Esto produce una depuración contractual a través del referido Registro, ya que el Registrador, al calificar el negocio jurídico en cuestión, no inscribirá ninguna cláusula afectada por alguno de estos procedimientos judiciales inscritos.

El carácter eminentemente jurídico de este Registro deriva de los efectos que la inscripción atribuye a la declaración judicial de nulidad de una cláusula abusiva que dejan de ser unos efectos entre las partes litigantes para proyectar su eficacia frente al resto de los consumidores españoles, así como de la obligatoriedad de inscripción previa a su comercialización de algunos contratos, como los regulados por la nueva LCCL.

El Registro contempla que, en aquellos casos en que inscrita la sentencia firme de nulidad se persista en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas como consecuencia de una acción individual o colectiva, el registrador pueda anotar la persistencia en la utilización de las mismas poniendo el hecho en conocimiento del Ministerio de Justicia.

El Colegio de Registradores de España, a través de la versión online del Registro (www.registradores.org) con una base unificada de datos para todo el territorio español, pretende dar difusión a un Registro, que es instrumento principal en la nueva Ley, dotando al mercado de transparencia y seguridad, y vincula a todos los operadores jurídicos.

2. Un segundo momento, se da en la calificación del Registrador al tiempo de la inscripción constitutiva del negocio jurídico hipotecario. En este momento se califica conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y bajo su responsabilidad, la legalidad de la forma extrínseca del documento de formalización del negocio en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez del acto dispositivo contenido, por lo que resulte del referido título y de los asientos del Registro.

Además, en materia de cláusulas hipotecarias, ha sido reformado por la Ley 5/2019, recuperando y fortaleciendo la calificación hipotecaria por el Registrador, el artículo 12 de la Ley Hipotecaria con la inclusión de todas las cláusulas de la hipoteca.

Así, el Registrador tendrá en cuenta los pronunciamientos de la Ley, del Registro de Condiciones Generales de la Contratación y de la Jurisprudencia aplicable a cada una de ellas, procediendo a denegar la inscripción de la cláusula en cuestión -siempre que no afecte a elementos esenciales del negocio jurídico-, realizando una “limpieza” del contrato, en cuanto a sus posibles cláusulas abusivas, nulas, ilegales...

En el momento de la calificación, el Registrador comprobará también que efectivamente el modelo utilizado por las partes, se corresponde con el depositado previamente por el prestamista en el RCGC, constituyendo la falta de depósito previo o la incorporación de condiciones generales no depositadas en el mismo, un defecto que impedirá el nacimiento de la hipoteca por no poderse inscribir en el Registro. Así, hay que tener en cuenta que la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública -en adelante DGSJyFP-), vino estableciendo en la Instrucción de 13 de junio de 2019, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que: *el registrador de la propiedad en la inscripción debe de comprobar, el hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito. Se trata de un control de cumplimiento de la legalidad que el registrador de la propiedad está obligado a realizar.*”

La comprobación, que cualquier persona puede realizar en el RCGC, se realiza principalmente utilizando el mecanismo identificador del modelo en cuestión, el denominado Código de depósito único (CDU) que el propio Registro de Condiciones Generales de la Contratación crea en el momento en el que se inscribe el modelo.

Así la DGSJyFP estableció, en relación a la obligación del notario de hacerlo constar en la escritura de otorgamiento del préstamo hipotecario, que estaría obligado a hacerlo constar en la misma siempre que el prestamista lo solicitara o aportara.

Hay que tener en cuenta que desde el inicio de la entrada en vigor de la Ley se han depositado en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, más de mil modelos utilizados por los prestamistas.²

3. Otro momento, continuando con la Ley 5/2019 de Contratos de Crédito Inmobiliario y no menos importante, se produce al nacer la hipoteca por la inscripción que realiza el Registrador, en cuanto a su elaboración de la nota de despacho. La Ley 5/2019, ha establecido la obligatoriedad de enviar, de forma gratuita al prestatario, una copia de la misma, así como una nota simple literal de la inscripción del derecho de hipoteca.

La labor de información se establece de forma obligatoria, en su Disposición adicional octava de forma taxativa. En la nota de despacho, además de dar la información el Registrador, de los datos del Derecho de Hipoteca constituido, explica todas aquellas cláusulas que no han podido acceder al Registro de la Propiedad y los fundamentos jurídicos que han motivado su denegación al mismo, para que el consumidor tenga pleno conocimiento de qué es lo que le puede ser exigido, tanto durante la vida del préstamo hipotecario como, llegado el caso, en el momento de su ejecución.

Esto obedece a que la ejecución hipotecaria como, establece el artículo 130 de la propia Ley Hipotecaria, *sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*. Siendo así, que todo aquello que no haya accedido al Registro no está garantizado por la hipoteca y no puede ser exigido en la ejecución de la misma, simplemente, porque no existe, al no haber accedido al Registro de la Propiedad. Ya que, en el momento del

2. Así además, no sólo en relación a las hipotecas, sino que hay que tener en cuenta que, tras la crisis del Covid-19 en nuestro país, los Reales Decretos 8,11,19 y 20/2020, en los que se encuentran reguladas las moratorias hipotecarias tanto legales, convencionales, como de acuerdo marco sectorial, establece en relación a estas últimas la obligatoriedad de depósito de los modelos relativos a las mismas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación no exonerándolas de su aplicación como requisito de transparencia material en su contratación, configurándose como un instrumento necesario de protección y de seguridad jurídica imprescindible en la contratación, ya que, al regular los requisitos documentales de transparencia e información notarial, opta por una disminución sustancial de los mismos (prescindiendo del acta notarial previa) para flexibilizar y agilizar los trámites necesarios para su consecución, pero considerando necesaria la previa inscripción en el referido Registro, como medio de información y mecanismo de transparencia y seguridad jurídica, ágil, digital, accesible y universal.

Apuesta el legislador así al igual que en la Ley 5/2019 por señalar el Registro como una piedra angular de las referidas moratorias al determinar la necesidad del acceso de las mismas al Registro de la Propiedad diciendo literalmente y en más de una ocasión “inscripción de novación constitutiva”, señalando así los efectos necesarios que dichas novaciones van a tener no solamente en el respiro de la economía de nuestro sistema en cuanto a los prestatarios sino en relación a cualquier tercero que pueda verse afectado por la misma, herederos de fallecidos, adquirentes de carteras hipotecarias, compradores posteriores de la finca...etc.

inicio de la ejecución, ésta se sustancia con la certificación emitida por el Registro de la Propiedad correspondiente en relación al contenido del asiento que recoja la hipoteca.

En cuanto a la nota simple literal del derecho de hipoteca, se produce un conocimiento absoluto del deudor de todo aquello que es diferente con la escritura de formalización de la misma. Diferente, en cuanto que no accede a la referida inscripción, pudiendo comprobar no solo la oferta (modelo depositado en el Registro de Condiciones de la Contratación), la formalización (otorgamiento de escritura de préstamo hipotecario) y el nacimiento del derecho por la inscripción (mediante la nota simple literal del asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad). Observando así cualquier diferencia que pueda existir, para poderlo utilizar en su defensa en donde corresponda.

4. Otro momento en el que la labor de calificación entra en juego, en este sentido y con la misma mecánica, lo tenemos también no solamente en la constitución de la hipoteca, sino también, en las novaciones relativas a la misma sujetándolas a los mismos requisitos de inscripción de modelos previos, calificación y notificación de nota simple literal y de nota de despacho gratuita. Siendo de aplicación de nuevo todo el esquema de seguridad jurídica³, mediante la aplicación de la ley y la de jurisprudencia a través de la calificación del Registrador. Se observa y se hace cumplir la ley a través de su actividad. Tanto es así que hay que tener en cuenta que la denegación de todo o parte del negocio jurídico de hipoteca por parte del Registrador es susceptible de recurso. Primer y único momento en el diseño y nacimiento de la hipoteca en que se da esta oportunidad al ciudadano.

Así, como ya hemos comentado, el Registrador de la Propiedad tiene atribuido la función de denegar el acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas contractuales contrarias a ley (ilegales, abusivas, incorporadas de modo no transparente.), así como en los términos de exclusión de su ejecutividad, y su decisión es susceptible de los recursos (gubernativo y judicial) regulados en los artículos 322 a 328 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, con lo que la tutela judicial efectiva de ambas partes queda salvaguardada. Por el contrario, el notario, como ya señalaron las sentencias del Tribunal Supremo -Sala Contencioso-administrativa- de 20 de mayo y

3. Así la Disposición adicional sexta de la LCCI establece: *Supuestos de subrogación de deudor y novación modificativa del contrato de préstamo.*

Las disposiciones previstas en esta Ley serán de aplicación a los supuestos de subrogación de deudor en la obligación personal cuando la misma se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y a los de novación modificativa del contrato de préstamo.

8 de julio de 2008, salvo los casos en que expresamente una norma disponga expresamente otra cosa, no puede denegar cláusulas concretas porque no existe recurso alguno contra tal decisión, y la posibilidad de defensa es básica para poder producir ese efecto, sino que solo puede advertir a las partes de la posible abusividad o falta de transparencia de determinadas cláusulas del contrato (art. 129.2.f) LH, art. 194 RN).

Por ello el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo párrafo segundo fue introducido por la Disposición final octava de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, establece que: *Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.*

Y ello es así porque se prevé expresamente por el legislador, que existan condiciones incorporadas de forma no transparente en los contratos y en perjuicio de los consumidores incluso después de la misma; conforme a la doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*cf.*: SSTJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 de Asbeek Brusse y de Man Garabito; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 de Kásler y Káslerné Rábai; y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 de Unicajabanco y Caixabank, entre otras), que establece como regla general la subsistencia e inscripción del contrato, sin las cláusulas nulas de pleno derecho si el contrato puede subsistir sin ellas, y del ámbito competencial de notarios y registradores de la propiedad, teniendo estos últimos la obligación de realizar la calificación del documento ex art. 18 de la Ley Hipotecaria y siendo su función la depuración de cualquier cláusula abusiva o incorporada de forma no transparente al mismo, y siendo la labor del Notario el hecho de advertir de la existencia de las mismas.

Entre las múltiples novedades introducidas por la Ley dirigidas a la corrección de determinados aspectos de la práctica contractual caben destacar, principalmente, el establecimiento de casos tasados por la Ley de vencimiento anticipado y cómputos de plazos y cuantías de impagos expresamente previstos por la misma sin poder ser minorados ni regularse de otra manera por la libre disposición de las partes⁴, por lo que incluso se puede

4. Artículo 24. Vencimiento anticipado.

1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

afirmar que el vencimiento anticipado en los préstamos sujetos a la LCCI está regulado por la misma directamente a través del artículo 24 de la propia Ley.

En el mismo sentido parecía que el interés de demora no podía ser objeto de determinación por las partes ex art. 25 de la referida Ley⁵. Dándose el absurdo de que se admitiera no pactar demora (o lo que es lo mismo demora de cero) y no pudiera pactarse un uno o un dos. Esta situación a lo largo del procedimiento de gestación de la misma fue puesto de relieve, argumentando los diversos grupos parlamentarios el hecho de que se podía considerar un elemento de coacción al deudor en la negociación, la minoración de los mismos a cambio de la aceptación de otro tipo de cláusulas. Si bien es cierto que la realidad ha demostrado el absurdo de la norma, ya que la propia DGSJyFP, en una Resolución de 5 de junio de 2020 relativa a préstamo de empleado, viene estableciendo la posibilidad de fijar un interés de demora correspondiente al interés remuneratorio más dos puntos porcentuales.

Otra de las cuestiones difusas en la propia Ley la encontramos, en cuanto a los llamados préstamos hipotecarios mixtos, en que el prestatario es persona jurídica, la garantía es sobre inmuebles de uso residencial, y el fiador o garante es persona física.

Como en estos casos es necesario cumplir el deber de transparencia material con el fiador, garante o hipotecante de deuda ajena, (es decir, los

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.

5. Artículo 25. Intereses de demora.

1. En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.

requisitos de información bancaria y el otorgamiento de acta notarial previa en relación a dicha persona), las cuestiones a analizar son: si el contenido del préstamo con la persona jurídica se ve afectado por la presencia de garantes personas físicas, el contenido de esa acta de transparencia, y de si habrá que depositar previamente el modelo de préstamo utilizado en el RCGC.

Respecto de la primera cuestión, se entiende que estos préstamos hipotecarios en sí, no están sujetos a la LCCL, no obstante lo cual, respecto a aquellas cláusulas que excedan de los límites legales previstos en la LCCL, ese exceso no afectará ni podrá repercutirse al fiador, que puede obligarse a menos pero no a más de los límites fijados legalmente respecto de los consumidores.

En estos casos las obligaciones de transparencia material se han de dar solo con el fiador o garante (persona física) pero no con el prestatario (persona jurídica) ya que no se produce contaminación de contratos (garantía-préstamo); y comprender, el contenido propio del contrato de garantía de que se trate, precisando su verdadero alcance, y con referencia a la totalidad del clausulado de la obligación garantizada en cuanto determinante de la obligación del fiador o garante a salvo los límites legales, pero sin que tenga que recoger una FEIN propiamente dicha ni otro tipo de documentos que no fueren aplicables en este caso.

Por otro lado, sería necesario hacer constar en la nota de despacho registral, que en caso de que se proceda judicialmente contra el fiador o garante sólo se podrá hacer conforme a los límites de la LCCL (en relación al vencimiento anticipado, los intereses de demora, la cuantía de las comisiones impagadas, etc.), independientemente de que se hubieran estipulado e inscrito otros diferentes para la persona jurídica prestataria, habida consideración de que el Código Civil establece en su Artículo 1826 que: *“El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones”*, lo que se entiende extensible a los límites legales. Por tanto, en este supuesto existiría una restricción legal en la posible reclamación/ejecución del cumplimiento al fiador o garante, que limitaría la cuantía a reclamar a éste por algunos de los conceptos garantizados, o el momento en que pudiera repercutirse en la garantía el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado.

Teniendo en cuenta que la fianza es una obligación personal, dado que ésta se trata de un contrato accesorio del préstamo o crédito garantizado que no tiene trascendencia real y, por tanto, no es inscribible, lo único que podría interesar a efectos registrales es que se hayan cumplido las obligaciones de transparencia material con el fiador, pero su falta no se puede considerar

como un defecto que impida la inscripción de la hipoteca, ya que el artículo 22 de la LCCI, al establecer la prohibición de inscribir en caso de no constar en la escritura la reseña del acta de transparencia, se remite a la reseña “conforme al artículo 15.7”, y en éste se habla solo del prestatario, al que a efectos registrales solo puede equiparse el hipotecante no deudor.

5. Otro momento en el ciclo de la vida de la hipoteca, en la que es relevante la función del Registrador y que ya vislumbra la propia Ley 5/2019⁶, se sitúa en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y en particular en el ámbito de la mediación ante el Registrador.

En Europa el funcionamiento protector en los sistemas con Registros jurídicos como el nuestro, como Alemania y Suiza, califican la totalidad del documento de préstamo hipotecario. La superioridad del sistema de máxima protección del Registro de la Propiedad lo ha puesto de manifiesto el documento *Directrices de la Comisión para Europa de las Naciones Unidas*, con criterios claves seguidos por el propio Registro de Condiciones Generales al considerar que el sistema ideal de Registro debe reunir lo que denomina principios de espejo, cortina y garantía, según los cuales el Registro debe reflejar fielmente la realidad; debe bastar con su consulta, sin necesidad de hacer averiguaciones extrarregistrales y así el Registro debe garantizar la exactitud de lo que publica.⁷

De todo lo expuesto, queda claro que actualmente hay que dar solución a todos aquellos préstamos hipotecarios que, por unas u otras razones, anteriormente expuestas incorporan cláusulas nulas o abusivas. Para ello podemos contar con la conciliación y, para prevenir en el futuro, con un mecanismo ya existente y no utilizado que es el dictamen de conciliación. Siendo absolutamente esencial dicha función.

En la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), late ya la idea de establecer un sistema

6. Visión de futuro y, hoy, absoluta necesidad social, que revela en su Disposición transitoria quinta, en la que bajo el título *Régimen transitorio para la resolución de quejas y reclamaciones*, encomienda al Banco de España temporalmente dicha función hasta la entrada en vigor de la Autoridad prevista en la disposición adicional primera de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

7. VALERO FERNANDEZ-REYES, ANGEL, “*Los sistemas registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario.*” Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo, num.30. <https://www.registradores-demadrid.org/revista/30/Comentarios/LOS-SISTEMAS-REGISTRALES-EN-EL-MERCADO-INMOBILIARIO-E-HIPOTECARIO-EL-SEGURO-DE-TITULOS-Por-Angel-Valero-Fernandez-Reyes>

alternativo a la vía judicial para resolver las controversias sobre la redacción de las cláusulas, sistema que se confía al Registrador de Condiciones Generales con una doble premisa, que se intente antes de interponerse la demanda y que se trate de acciones colectivas.

Este artículo tan solo prevé la emisión de un dictamen y no ha sido objeto de un desarrollo legislativo posterior. Ahora bien, si se pretende que el mismo tenga una eficacia real en la práctica, debe ser interpretado a la luz del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria conforme a la redacción dada al mismo por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria. *“Los Registradores serán competentes para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible, con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial...”*

La LCGC fue pionera en tratar de alcanzar una solución de mutuo acuerdo para modificar la redacción de determinadas cláusulas que se consideraban controvertidas y, ante la falta de ese acuerdo libremente alcanzado por ambas partes, éstas pudieran acudir a la figura del Registrador titular del Registro de Condiciones Generales de Contratación, en su condición de tercero neutral y experto en la materia, para que este emitiera un dictamen, que el artículo 13 de la referida ley denomina *“Dictamen de conciliación”*. No estamos ante un informe o dictamen al uso, sino ante un dictamen de conciliación, es decir, se emitirá después de haberse realizado por el Registrador, una labor de conciliación, de acercamiento de posturas, que procurará una redacción alternativa a la cláusula controvertida sujeta siempre al control de legalidad propio de su función.

Así, debe entenderse como un auténtico expediente en el que el registrador debe escuchar los argumentos de las partes en defensa de sus respectivas posturas y tratar de consensuar una redacción alternativa a la cláusula que no contravenga los principios de transparencia y equilibrio de las partes basándose para ello en el contenido propio del registro, es decir, a la vista de las sentencias sobre casos que puedan guardar semejanzas con el controvertido y que consten inscritas.

La agilidad de esta solución no solamente versa en la agilización y economía procesal de la misma, sino también en su ejecutividad, puesto que se puede pactar una devolución de lo indebidamente cobrado por el prestamista (en el caso de que esto suceda) a través de una minoración en el principal pendiente de la hipoteca y cuya inscripción en el Registro dará lugar a su efectivo

cumplimiento de forma ágil, inmediata, sin necesidad de provisionar fondos en los ejercicios por los resultados de los pronunciamientos judiciales por parte de las Entidades financieras y con pleno conocimiento y oponibilidad frente a terceros derivado de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

6. Y, continuando con la vida de la hipoteca, el último momento en el que el Registrador protege al consumidor mediante su calificación se da en la cancelación de la misma, bien por pago, bien por ejecución hipotecaria derivada de la imposibilidad de cumplimiento por pago. Cuestiones trascendentales que requieren un estudio que por razones de tiempo no podemos exponer aquí.

VI.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS DE ESTE BOLETIN

FERRER VANRELL, MARÍA PILAR. Doctora en Derecho; Profesora de Derecho civil en la Universidad de Barcelona; Catedrática de Derecho civil de la UIB. Ha sido directora de tesis, de cursos postgrado y de congresos nacionales e internacionales. Ha sido investigadora principal de proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología, Presidenta y vocal de la Comissió Assesora de Derecho civil y vocal de la Comissió Assessora para la reforma del Estatuto de Autonomía, así como Secretaria General de la UIB y Consellera de la Funció Pública i Interior del Govern Balear. Autora de más de 70 publicaciones, entre libros, capítulos de libro y artículos en revistas jurídicas, particularmente sobre temas de Derecho civil balear. Medalla de Oro de la Comunidad Autónoma y Académica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

GÓMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL. Catedrático de Derecho Administrativo.

GÓMEZ MARTÍNEZ, CARLOS. Ingresó en la carrera judicial en 1982. ha sido Director de la Escuela Judicial de 1999 a 2002 y Presidente de la Audiencia Provincial de 2004 a 2015. Director de la Revista Jurídica de las Illes Balears, Profesor asociado de la UIB. Miembro del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa. Ha participado en misiones del Consejo de Europa en países de Europa Central y del Este y ha sido experto científico en la redacción de la Recomendación 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa titulada “Los jueces: independencia, eficacia y responsabilidad”. Coautor de libros sobre propiedad horizontal y sobre proceso civil y autor de artículos diversos sobre Derecho civil; Derecho procesal sobre la formación de los jueces y ética judicial. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears y Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

IZQUIERDO TÉLLEZ, CARLOS. Licenciado en Derecho en 1987 por la UIB, accedió en el año 1989 a la Carrera Judicial. Magistrado desde el año 1992. Ha estado al frente de diversos Juzgado de Cataluña y Mallorca y ha formado parte de la Audiencia Provincial (Sección Primera). Desde el año 2010 es titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Uno de Palma. Profesor Asociado de Derecho Procesal y de Derecho civil de la UIB. Ha impartido conferencias y participado en mesas de debate sobre temas procesales y penales. En el año 2014 recibió el II Premio Degà Miquel Frontera a la ética Jurídica instituido por el Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears. Es Académico de Número de esta Real Academia.

JIMÉNEZ GALLEGO, CARLOS. Licenciado en Derecho. Abogado (hasta 1991). Notario (promoción de 1991). Notario de Palma desde Junio de 1996, tras aprobar las oposiciones entre Notarios de 1994-1995. Preparador de opositores desde 1995 hasta 2006. Miembro de la comisión de cultura del Colegio Notarial desde 1997, coordinador y autor de numerosos artículos en los Libros de los Seminarios del Colegio Notarial (desde 2004) y en otras revistas jurídicas y libros colectivos. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Jurídica de las Illes Balears, en la que ha publicado varios artículos. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Ha publicado los siguientes libros: “El Reglamento sucesorio europeo. Un comentario notarial”, “La nueva coordinación realidad-Catastro-Registro” y “Función notarial y jurisdicción voluntaria”.

MASOT MIQUEL, MIQUEL. Licenciado y Doctor en Derecho. Ha sido Profesor Titular de Derecho civil y Catedrático de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la Universidad de les Illes Balears. Abogado en ejercicio de 1965 a Noviembre de 2000 y Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears de Noviembre de 2000 a Diciembre de 2007. Ha sido Presidente de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear y del Consell Acadèmic del Institut d'Estudis Baleàrics, así como miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de la Compilación del Derecho civil balear de 1990. Es Académico de Número, desde su fundación, y ha sido Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears (2008 a 2016). Autor de libros y numerosos artículos sobre temas diversos, en especial de Derecho civil balear.

MIR DE LA FUENTE, TOMÁS. Abogado del Estado. Doctor en Derecho. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación las Illes Balears, Cruz de Honor de la de San Raimundo de Peñafort. Fue de 1985 a 2008 Abogado del Estado-Jefe de la Abogacía del Estado en Baleares. Fue Secretario de la Comisión Compiladora de Juristas de Baleares, que redactó el anteproyecto de Ley Modificadora de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, que dio lugar a la ley de 1990. Tiene publicado por el Instituto de Estudios Fiscales un libro sobre Retenciones y participó, en las ediciones de 1980 y 2000 de los Comentarios a la Compilación de Derecho Civil Balear, vol.1º del Tomo XXXI. Ha publicado numerosos estudios sobre Derecho Administrativo y Derecho Financiero y Tributario, y de Derecho Civil Balear, y últimamente, sobre el lenguaje jurídico y Derecho de las Islas.

OLIVER ARAUJO, JOAN. Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de las Islas Baleares y Consejero del Consejo Consultivo de esta Comunidad Autónoma. Con anterioridad ha sido Presidente de dicho órgano de consulta y Secretario de su Universidad. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, en la que ingresó con un discurso de “Las barreras electorales (governabilidad versus representatividad)”. Ha publicado entre otros libros: “Recuso de Amparo” (1986). “El sistema político de la Constitución española de 1931” (1991). “La objeción de conciencia al servicio militar” (1993). “Política y Derecho” (1996). “La Constitución día a día” (2003) y el “Estado central” (2006).

PERTEGUER PRIETO, ROCÍO. Registradora de la Propiedad.

TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL. Licenciada y Doctora en Derecho. Catedrática de Derecho procesal de la UIB. Autora de diversas monografías como “La ejecución de sentencias no dinerarias”, “La compensación en el proceso civil”, “La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual”, “La reconvencción”, “El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada” y “La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil”. Ha publicado más de medio centenar de artículos científicos y ha impartido conferencias en los más importantes foros jurídicos y ha participado en congresos científicos nacionales e internacionales habiendo sido ponente en los mismos. Es Académica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears desde el año 2005.

VIDAL FERRER, SONIA I. Magistrada Juez Decana de Palma.

